BEKKER

Der besitz beweglicher sachen

1895



Der Besitz beweglicher Sachen.

Nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Von

Ernst Immanuel Bekker.

Abdruck aus Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. XXXIV. Bd. N. F. XXII.

Jena,
Gustav Fischer.
1895.

Der Besitz beweglicher Sachen.

Nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Von

Ernst Immanuel Bekker.

Abdruck aus Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. XXXIV. Bd. N. F. XXII.

Jena,
Gustav Fischer.
1895.



Der Besitz beweglicher Sachen.

Nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

I. Das Problem.

Wer heute daran geht, ein Stück des Entwurfs zweiter Lesung (E. II) öffentlich zu besprechen, muß sich gedrungen fühlen, den Leitern dieser Lesung aufrichtigen Dank zu sagen; hätte die erste Kommission ebenso rasch gearbeitet und durch zeitige Veröffentlichung die Fühlung mit denen gewahrt, für die das große Werk bestimmt war, es hätte viel Zeit gewonnen, und Gebern wie Nehmern manche herbe Enttäuschung erspart bleiben können.

Augenblicklich, im Sommer 1894, liegt schon mehr als die Hälfte vom Ganzen vor, und so hoch man den Werth des

Familienrechts und des Erbrechts anschlagen mag, ist doch kaum anzunehmen, daß durch sie das allgemeine Urtheil über E. II erheblich verschoben werden wird. Die Stimmen gehn, wie das nicht anders zu erwarten stand, wohl auch jetzt wieder auseinander, treffen aber doch darin überein, daß zwar Niemand sich voll befriedigt erklärt, eine wesentliche Verbesserung gleichwohl allgemein anerkannt wird. Wer, wie ich, trotz der entschiedensten sachlichen Form wie Inhalt treffenden Bedenken, aus politischen Gründen schon für die unveränderte Annahme von E. I geschrieben hat, wird nicht umhin können, noch wärmer die möglichste Beschleunigung der Einführung von E. II zu empfehlen, ohne darum auf eine Kritik des Neugebotenen verzichten zu wollen.

Gewisse Vorzüge von E. II springen sofort in die Augen: die Sprache hat den verkünstelten Stelzengang, der das Volk abstieß und auch dem Juristen das Verständnis zur unerquicklich mühseligen Arbeit machte, aufgegeben; auch die neue Fassung ist nicht mustergültig und läßt nicht selten Schärfe und Durchsichtigkeit vermissen, spricht aber durch relative Ungezwungenheit und Volksthümlichkeit an;

das unselige Netz der Verweisungen, in das der ganze Text von E. I verstrickt war, ist beseitigt;

das ausgesprochen doktrinäre Gerüst, auf dem E. I beruhte, ist vielfach verlassen und durch praktische Erwägungen ersetzt. Gerade diese letzte Aenderung dürften wir am höchsten zu schätzen haben, wenn sie noch etwas konsequenter im Aufgeben durchgeführt wäre, und andererseits im Geben nicht stellenweis zur Marotte ausartete. Allen Respekt vor der neuen Kommission, zumal in der Beziehung daß sie den aus der ersten übernommenen Mitgliedern nur mäßigen Einfluß gestattet hat; aber zusammengesetzt wie sie ist, und angewiesen den E. I zur Grundlage ihrer Verhandlungen zu

machen, konnte sie eben nicht anders vorgehen: bei gebundener Marschroute haben wir keine freie Wahl des Zieles, und aus einem Sockel einen Adler zu machen geht über menschliches Vermögen. Dabei tritt ein seltsamer Gegensatz hervor: in der zweiten Kommission überwiegt augenscheinlich die praktische Tendenz, man möchte das ganze Recht den lebendig empfundenen Bedürfnissen der Gegenwart anpassen und sucht namentlich nach Verkehrserleichterungen; dies Streben führt zu viel mehr Aenderungen im Kleinen als im Großen; so hat der Neubau im Grundriß manche seiner ursprünglichen doktrinären Mängel behalten, wogegen bei den Details uns nicht selten ein Zweifel beschleicht, ob alle die im einzelnen raffinirt nützlich ausgedachten Vorschriften mit einander im schönen Einklange stehen, und ob nicht bei der praktischen Durchführung einstweilen noch ungeahnte Widersprüche aufhören werden latent zu sein.

Einer Reihe von sachlichen Modifikationen kann ich den Werth nicht beilegen, den Andere annehmen, z. B. dem vielumworbenen „Kauf bricht Miethe". Ich habe in einem Lande gewohnt wo der Satz galt, niemand klagte sonderlich darüber; dann in einem anderen, „Kauf bricht Miethe nicht", die Leute wußten auch damit auszukommen; in Baden gilt eine Art Ausgleich, dem unvorsichtigen Miether bricht Verkauf seinen Vertrag, dem vorsichtigen aber, der das Miethsgeschäft durch den Notar hat beglaubigen lassen, kann der Verkauf nichts anhaben. Das gefällt mir jetzt am besten. Immerhin wird die Einführung des neuen Rechts für die anders Gewöhnten während einiger Jahre, oder Jahrzehnte, mit Unbequemlichkeiten verknüpft sein. Aehnlich leicht wäge ich das „Hand wahre Hand"; ich betrachte die Annahme dieses Satzes weder von dem Standpunkt des gemeinen Rechts oder von dem des Kgl. Sächsischen, noch von dem des Preußischen Landrechts als erfreulichen Fortschritt (einiges weitere darüber unten, Note 18

und § IX a. E.) aber ich kann den Schaden auch für keinen sehr erheblichen halten, die Erfahrung lehrt, man kann damit und man kann darohne leben. — Bedenklicher wird nun schon das Fundrecht, E. II 880—897, bei dem trotz einigen wenig bedeutenden Streichungen und Zusätzen der doktrinäre Charakter von E. I gewissenhaft gewahrt ist: dem unglückseligen Finder werden so viele und so unbequeme Verpflichtungen auferlegt, und so geringe Vortheile in Aussicht gestellt, daß jeder Rechtskundige den ganzen Inhalt der zitirten Paragraphen in die Worte zusammenfassen muß: finde nie! entdeckst du von Ferne etwas findbares, sieh nicht hin, tritt meinethalben mit dem Fuße darauf, (wer kann dir denn beweisen, daß du es gesehen?), aber thu ja nichts, was als Findungsakt ausgedeutet werden könnte; du hättest nur Unannehmlichkeiten davon. Die schlimmste Nebenwirkung dieser Bestimmungen ist, daß sie zum Funddiebstahl verleiten; weniger bedenklich, wenn überhaupt wenig gefunden wird, darin liegt eine durchaus rationelle Warnung: man hüte sich vor dem Verlieren. — Noch weniger aber kann ich mich mit E. II 794 befreunden, daß zur Belastung eines Grundstücks mit Rechten ausnahmslos die Eintragung in das Grundbuch gefordert wird; der Satz ist aus E. I 828 übernommen und war dort wesentlich auf Grund doktrinärer Erwägungen aufgestellt, widerstreitet aber der Billigkeit wider die kleinen Rechte ebenso wie gegen den kleinen Mann. Bei den praktischen Erwägungen hätte man von dem Vorbild der Römer nicht absehen sollen, die wegen Prädialservitutenentwährung die Eviktionsklage nicht geben, es sei denn, daß Freiheit des Grundstücks ausdrücklich bedungen gewesen. Ohne zwingenden Grund schafft man dem neuen Rechte zahlreiche Gegner gerade in den Kreisen, die vorzugsweise zu schonen man bedacht sein wollte. Und wie hier die Abweichung vom Bestehenden, so beklage ich bei

E. II 809 (gleichfalls aus E. I 826 übernommen) den zu geringen Fortschritt:

> ist im Grundbuche für Jemand ein Recht eingetragen, so wird *vermuthet*, daß ihm das Recht zusteht; ist im Grundbuch ein eingetragenes Recht gelöscht, so wird *vermuthet*, daß das Recht nicht besteht.

Hier reichen die „Vermuthungen“ nicht aus, so lange wir uns auch daran (nicht zum erfahrungsmäßigen Vortheil) haben genügen lassen mögen, man muß den Muth haben die Sätze auszusprechen,

> die Eintragung giebt dingliches Recht,
> die Löschung nimmt dingliches Recht;

nur mit ihnen dürften wir hoffen, zu festen klaren und deshalb befriedigenden Rechtszuständen durchzudringen.

Diese Auslese wird genügen, mich nicht als blinden Verehrer des neuen Werkes erscheinen zu lassen. Und eben darum darf ich mich wohl für berechtigt halten, ihm und seiner baldigen Einführung das Wort zu reden. Die Verhältnisse liegen schon nicht mehr ganz ebenso wie vor sechs Jahren [1]), übergäben wir den Entwurf nochmals einer Kommission zur dritten Lesung, so wäre kein Ende abzusehn; warum dann nicht auch noch einer vierten, fünften 2c. Wir stehen vor der Entscheidung: entweder wir bekennen uns überhaupt unvermögend, in der Gegenwart und auf dem eingeschlagenen Wege, zu einem Ge-

---

1) System und Sprache, in *Bekker* und *Fischer*, Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung v. E. I, S. 82: „Fünfundzwanzig Jahre einer fast beispiellos glücklichen Entwickelung liegen hinter uns“, ließe sich annehmen, „daß derselbe ruhige und ungestörte Fortschritt noch durch verschiedene Jahrzehnte andauern müsse, so würde auf die Entscheidung über den Entwurf wenig Gewicht zu legen sein“, aber . . . „die Ruhe und Ungestörtheit unserer Entwickelung ist nichts weniger als wahrscheinlich“, — und leider in diesen sechs Jahren seit 1888, wo obige Zeilen geschrieben, ist sie noch viel unwahrscheinlicher geworden.

setzbuch für das deutsche Reich zu gelangen, oder wir nehmen das, was nun nach ehrlicher Arbeit und wahrlich nicht geringer Mühe uns vorgelegt wird, an so wie es eben ist. Ausdrücklich mag beigefügt werden, daß ich auch Streichungen von größerer sachlicher Bedeutung, wie Bülow (Civ. Arch. LXXXIII 1, bes. S. 152) sie fordert, für unzulässig halte; wie durchgreifend solche Streichungen zu wirken vermöchten, hat gerade B. handgreiflich dargethan. Das einzige, was vielleicht nicht zu vermeiden sein wird, wäre eine rein redaktionelle Revision, wie denn z. B. die Paragraphenzählung einiger Aenderungen bedarf, ein neues Gesetzbuch kann nicht wohl mit § 77 a—n in die Welt treten; ernste Bedenken werden hiewider kaum erhoben werden.

Der Empfehlung festeren Boden zu geben, habe ich aus den bisher veröffentlichten Stücken von E. II eines der wichtigsten und schwierigsten herauszugreifen, um dasselbe auf seine Ausführbarkeit in der Praxis zu prüfen. Daß bei dieser Wahl eine persönliche aus älteren Arbeiten erwachsene Vorliebe für das Thema mitgesprochen, will ich nicht in Abrede stellen; man wird dem Kritiker keinen Vorwurf daraus machen, wenn er Dinge vor sein Forum zieht, über welche leidlich Bescheid zu wissen er hoffen darf. Und an und für sich ist die Besitzlehre, durch die praktische Wichtigkeit ebenso wie durch ihre eminenten theoretischen Schwierigkeiten sicherlich ein guter Prüfstein für den Gesetzgeber. Daß ich, obschon in den bezüglichen Abschnitten beider Entwürfe (E. II 777—93) der Besitz an beweglichen und an unbeweglichen Sachen zusammen behandelt wird, auf den Mobilienbesitz mich beschränkt habe, mag gleichfalls seine letzte Ursache in einer individuellen Meinung finden, namentlich in dem Gedanken, daß die dinglichen Rechte an Grundstücken und an Mobilien überhaupt

in Zukunft auseinanderwachsen müssen [2]). Nebenher würde die Arbeit beträchtlich länger werden, und ich hätte Partien des Grundbuchrechts mit hereinziehen müssen, denen ich einstweilen lieber aus dem Wege gehe. Die Vorschriften über den Immobiliarbesitz sind gestreift nur da, wo dies nach Gestalt der maßgebenden gesetzlichen Bestimmungen schlechthin unvermeidlich erschien. Auch von dem Mobiliarbesitzrechte behandeln wir hier, nach dem Vorgange von E. II B. 3 Abschnitt 2 „Besitz" § 777—93, nur den Thatbestand und den Schutz des Besitzes, nicht die Verwendbarkeit desselben und insbesondere des Eigenbesitzes zur Erreichung anderer Zwecke, was wohl keiner eingehenden Rechtfertigung bedarf.

II. Der Text.

Als Abschnitt I des Sachenrechts ist in E. II „Besitz" an die Stelle getreten von Abschnitt II des Sachenrechts in E. I „Besitz und Inhabung"; (Abschnitt I von E. I „allgemeine Vorschriften" wird in E. II dem allgemeinen Theil einverleibt) damit ist die beabsichtigte große Umgestaltung in der Ueberschrift zweckmäßig angedeutet. Auch die weiteren Veränderungen bestehn überwiegend in Auslassungen, erst gegen das Ende des Titels sind viele Ergänzungen, insbesondere auf den mittelbaren Besitz bezügliche, aufgenommen. Der Durchsicht der einzelnen Paragraphen mag noch die Bemerkung voraufgehen, daß ich nicht bedaure von den Protokollen der zweiten Lesung nur so viel zu kennen, wie Reatz in seiner Gegenüberstellung der beiden Lesungen aus ihnen veröffentlicht.

---

2) Vergl. diese Jahrb. XXX. S. 277 [a] „Voraussichtlich ist die Zeit nicht mehr so gar weit, wo in den Lehrbüchern des geltenden Rechts das Kapitel „Sachenrecht" zerfällt in die Abschnitte: 1, Rechte an Grundstücken — 2, Rechte an anderen körperlichen Sachen — 3, Rechte an unkörperlichen Sachen.

Paragraph 777 hebt an:

> Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.
>
> Nach E. I § 737 wurde hierdurch erworben nur die „Inhabung", die erst
>
> in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben (Besitzwille),

den Besitz ergab. Also: die „Inhabung" nach E. I ist zum „Besitz" in E. II erhoben, das volle Besitzrecht, oder dem Sprachgebrauch von E. II folgend, die dem Besitzer zustehenden Rechte sind an den Thatbestand der früheren „Inhabung" angeknüpft, eine rechtliche Verschiedenheit von Besitz und Inhabung besteht nicht mehr. Das für den Erwerb des Besitzes fortab allein entscheidende Moment ist die „Erlangung der thatsächlichen Gewalt". Was haben wir unter diesem Ausdruck zu verstehn? Abschnitt 2 desselben Paragraphen beantwortet die Frage nicht, fügt aber ein neues Problem hinzu:

> § 777, 2. Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. (Im wesentlichen Reproduktion vom E. I 803, 2: Erklärungen von der einen und von der anderen Seite genügen, „wenn der Erwerber sich thatsächlich in der Lage befindet, die Gewalt über die Sache beliebig auszuüben".)

Nach E. II kann also jemand, der die thatsächliche Gewalt über eine Sache noch nicht erlangt hat (denn sonst wäre er schon Besitzer), in der Lage sein eben diese Gewalt auszuüben; auch ein längeres „in der Lage sein" giebt die thatsächliche Gewalt nicht, wohl aber die Einigung, ein Vertrag mit dem bisherigen Besitzer. Augenscheinlich bezieht E. II 777, 2 sich auf das, was man bisher **brevi manu traditio** zu nennen pflegte, einen Uebergang von der Detention zur Possession; desgleichen nahm E. I 803, 2 einen Uebergang von

der Inhabung zum Besitz an, aber E. II hebt wie wir gesehn diesen Gegensatz auf, und will dagegen

die erlangte thatsächliche Gewalt über eine Sache

und

die Lage, thatsächliche Gewalt über die Sache auszuüben

auseinanderhalten. Ist das möglich? — Möglich wohl, denn jeder Ausdruck ist doch nur ein Zeichen, und es steht bei dem Gesetzgeber, welchen Begriff er mit dem einen, welchen mit dem anderen Zeichen verknüpfen will. Ob die Ausdrücke glücklich gewählt, leicht verständlich und vor Mißdeutungen sicher, sind andere Fragen.

Der nächstfolgende Paragraph (778) stellt nun neben die „erlangte thatsächliche Gewalt" und die „Lage, thatsächliche Gewalt auszuüben" noch ein Drittes, das wirkliche „Ausüben der thatsächlichen Gewalt". In den hier ins Auge gefaßten Fällen gibt auch dieses Besitz nicht, wobei aber nicht gleich ersichtlich wird, weshalb nicht: ob weil dies „Ausüben" gegenüber dem „Erlangthaben" ein Minus, und als solches den Besitz zu geben nicht ausreicht (unvollkommener Thatbestand); oder weil zwar das Ueben das Erlangthaben voraussetzt, bei den betrachteten Fällen aber das Besitzrecht ausschließende besondere Momente miteinlaufen (übervollkommener Thatbestand). Denn es sollen Besitzer nicht sein: Wer

für einen Anderen

α) in dessen Haushalt,

β) oder Erwerbsgeschäft,

γ) oder in einem sonstigen Verhältniß, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des Anderen Folge zu leisten hat,

thatsächliche Gewalt über eine Sache ausübt.

α) und β) bedürfen keiner Erläuterung, wohl aber γ) und zwar wegen der Abgrenzung gegen die in § 790, 1 genannten

Personen. Beidemal handelt es sich um vermittelten Besitz, bei welchem beidemal „der Andere", für den die Gewalt geübt wird, als Besitzer gilt, wogegen der Vermittler nach § 778 Nichtbesitzer, nach § 790 Auchbesitzer ist. Im § 790 aber wurden außer Nießbrauchern, Pfandgläubigern, Mietern, Pächtern noch

> Verwahrer, oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist [Besitzende]

genannt. Das paßt zweifellos auf Depositare und auf Mandatare, denen der Mandant Sachen übergeben hat, aber haben diese selben Personen nicht auch „den sich auf die Sache beziehenden Weisungen Folge zu leisten", die vom Deponenten oder vom Mandanten ausgehen? Sie wären also nach § 778 „Nichtbesitzer", nach § 790 „Besitzer"? Mehr darüber unter V.

Die Paragraphen 798 bis 807 von E. I sind gestrichen, in E. II folgt auf das angeführte § 779, Aufhebung des Besitzes:

> Der Besitz wird dadurch beendigt, daß der Besitzer die thatsächliche Gewalt *über die Sache aufgiebt oder in anderer Weise* verliert.

Diese Fassung ist nicht schön; denn streicht man die gesperrten Worte und läßt nur stehen,

> daß der Besitzer die thatsächliche Gewalt verliert,

so ist damit anscheinend dasselbe gesagt. Aussprechen wollte die Kommission, daß der Besitzverlust sowohl ein freiwilliger (aufgeben), als auch ein unfreiwilliger sein könne, eine Andeutung, die, wenn auch nicht unentbehrlich, doch nützlich erscheinen konnte, für die aber eine bessere Form unschwer zu finden gewesen wäre. — Aus Abs. 2 desselben Paragraphen ist zu entnehmen, daß

nicht nur vorübergehende Behinderung in der Ausübung der Gewalt

dem „Verlieren der Gewalt" gleichsteht, und den Besitz aufhebt; auch dauernde Erkrankung, z. B. geistige des Besitzers? und wie steht es mit der Verurtheilung zum Zuchthaus? zum lebenslänglichen, Besitzverlust; zum zeitigen, nicht? Auch darüber nachher noch ein par Worte.

§ 780. Definition der „verbotenen Eigenmacht" und des „fehlerhaften (durch verbotene Eigenmacht, ui clam) erlangten Besitzes". Die Fehlerhaftigkeit wirkt auch gegen gewisse Nachfolger.

Erben,

solche Singularsuccessoren, die bei dem Erwerbe um die Fehlerhaftigkeit gewußt haben.

Der Entwurf wendet sich nun zu den Besitzfolgen, genauer zum Rechte aus dem Besitz, ius possessionis, und handelt erst von der Selbsthülfe, dann der Gerichtshülfe. § 781 führt in seinen drei ersten Absätzen drei Arten der erlaubten dem Besitzer zuständigen Selbsthülfe an:

der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren.

Aber ist dies denn etwas anderes als Nothwehr? E. II § 131, 2 definirt diese als

Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich . . . abzuwehren.

Denken wir uns „verbotene Eigenmacht" (vergl. E. II § 780, 1) unter Umständen ausgeführt, wo die Abwehr nur mit Gewalt stattfinden kann, muß die Eigenmacht hier nicht stets als „gegenwärtiger rechtswidriger Angriff" erscheinen? Und mehr Gewalt anzuwenden, als zur Abwehr „erforderlich", dürfte der Besitzer auch durch § 781, 1 kaum berechtigt werden. Die Nothwehr aber ist zweifellos ein allgemeines, Nichtbesitzern wie Besitzern zuständiges Recht, und ein solches unter den Rechten

des Besitzers ausdrücklich aufzuführen, ist überflüssig und gefährlich zugleich, weil überflüssiges im Gesetzbuch nicht vermuthet wird, und leicht zu Mißdeutungen führt.

> § 781, 2. Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittels verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frischer That betroffenen oder verfolgten Thäter mit Gewalt wieder abnehmen.

Dies geht über den Begriff der Nothwehr nach deren älteren Definitionen [8]) hinaus, es ist kein allgemeines, sondern ein auf den Besitzer zu beschränkendes, singuläres Recht, das ebenso konsequent wie zweckmäßig im § 782 auch den im § 778 aufgeführten Personenklassen beigelegt ist.

> § 781, 3. Wird dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Thäters wieder bemächtigen.

Dagegen wird, wer nicht Anstoß nimmt an der Gleichstellung des Besitzes an Mobilien und an Immobilien, wenig zu erinnern haben. Desto seltsamer mutet uns Abs. 4 an:

> Die gleichen [also Abs. 1—3 aufgeführten] Rechte stehen den Besitzern gegen denjenigen zu, welcher nach § 780, 2

8) Liszt Strafr. (6 Aufl.) S. 120: „Da der Diebstahl nicht schon mit der Ergreifung der Sache, sondern erst mit dem Bruche des Gewahrsams vollendet wird, ist Nothwehr gegen den flüchtigen Dieb solange zulässig, als der Gewahrsam des Inhabers noch nicht völlig gebrochen ist“. Einverstanden mit der Behandlung des „flüchtigen Diebes“, aber nicht mit einer Motivierung, die dahin führen könnte, beim „flüchtigen Diebe“ nicht Vollendung, sondern Versuch des Diebstahls anzunehmen. — Aus den Protokollen berichtet Reatz, daß § 781, 2 dahin gemeiut gewesen, „daß der Verfolger nicht vor der Behausung des Verfolgten Halt zu machen braucht, sondern ihm die Sache auch noch in dessen Behausung abnehmen dürfe“. Aber doch wohl nur, wenn er mit dem Diebe zugleich in diese Behausung eingedrungen?

die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen muß [Erben und bösgläubige Singularnachfolger].

Es ist schwer, ein Bild zu gewinnen von der Geltendmachung dieser Rechte: wie kann der Besitzer sich mit Gewalt erwehren der Eigenmacht, nicht wider den eigenmächtig Handelnden, sondern wider die Erben und Singularsuccessoren desselben (781, 1)? — wie, wenn der Thäter ihm die bewegliche Sache weggenommen, den auf frischer That betroffenen oder verfolgten Erben und Singularsuccessoren des Thäters die Sache wieder abnehmen (780, 2)? — oder bei der Entsetzung von einem Grundstück „sofort nach der Entziehung des Besitzes" wider Erben oder Singularsuccessoren des Entzogenhabenden mit Gewalt vorgehen (780, 3)? — Verlohnt es sich, nach den äußerst seltenen Fällen zu suchen, wo dem ähnliches ausnahmsweise einmal vorkommen könnte? Schwerlich, vielmehr scheint einfach ein Redaktionsfehler sich eingeschlichen zu haben, beabsichtigt war die Gerichtshülfe nicht bloß wider den Eigenmächtler selber, sondern auch wider Erben und bösgläubige Singularsuccessoren zuzulassen, und nur durch Versehen ist diese Bestimmung an einen Platz gerathen, wo sie auf die Selbsthülfe wider Eigenmacht bezogen werden müßte. Einigermaßen zweifelhaft hieran machen uns aber wieder die Mittheilungen von Reatz aus den Protokollen[4]).

---

4) Freilich knüpfen sich diese nicht an 781, 4, sondern an 781, 3, aber durch das hier gebotene: „bei einer engen Auslegung des Wortes" „sofort" könne allerdings das Wiederbemächtigungsrecht in seiner Wirksamkeit wesentlich beeinträchtigt werden; es sei jedoch zu erwarten, daß die Praxis zu einer dem Sinne der Vorschrift entsprechenden Auslegung gelangen und insbesondere die Zulässigkeit des Wiederbemächtigungsrechts auch in solchen Fällen bejahen werde, in denen der Entsetzte, bevor er zur Selbsthülfe schreite, gewisse Vorbereitungsmaßregeln treffen müsse". Doch habe man „sofort" auch nicht durch „unverzüglich" ersetzen dürfen, „der

Weniger zu erinnern ist wider den hierauf folgenden

> § 782. Zur Ausübung der nach § 781 dem Besitzer zustehenden Rechte ist auch derjenige befugt, welcher nach § 778 die thatsächliche Gewalt (als Nichtbesitzer) für den Besitzer ausübt.

Fraglich höchstens, ob ein Zusatz des Inhalts „doch nicht wider den Besitzer für den er die Gewalt ausübt" rathsam, oder ob dieser als selbstverständlich besser fortbleibt.

Wir kommen nun zur Gerichtshülfe. Veranlassung nach § 783, Entziehung des Besitzes durch verbotene Eigenmacht; nach § 784, Störung im Besitze durch verbotene Eigenmacht.

Erfolg der Klagen:
in jenem Falle, „Wiedereinräumung des Besitzes";
in diesem „Beseitigung der Störung".

Daß beide Mal das Klagerecht mit den Worten eingeführt wird:

so kann er (der Verletzte von dem Verletzten) verlangen,

wird nicht Allen sympathisch klingen, da Manche einen präziseren Ausdruck (Einer kann vom Andern viel „verlangen" was der Andere ihm nicht zu gewähren braucht) gewünscht haben möchten. Der eine wie der andere „Anspruch ist ausgeschlossen", wenn der „entzogene" oder „gestörte" Besitz gegenüber dem Entzieher oder Störer selber (uitio a te possideo) ein fehlerhafter ist, und die Erlangung dieses Besitzes in das letzte Jahr vor der fraglichen Entziehung oder Störung fällt. Im Falle der Störung kann falls „weitere Störungen zu beklagen" sind, auch „auf Unterlassung" geklagt werden.

Entsetzte wäre nämlich alsdann in der Lage, noch g e r a u m e Z e i t nach der Besitzentziehung zur Selbsthülfe zu schreiten, wenn er ohne ihm zur Last fallendes Verschulden nicht früher von dem Rechte Gebrauch machen konnte". Kurzum „sofort" wäre hier nicht mit „statim", sondern mit „post modicum tempus" wiederzugeben; aber auch hiernach wäre wohl die Ausdehnung von 781, 3, aber nicht die von 781, 1 u. 2 wider diejenigen zu verstehen, welche „nach 780, 2 die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen müssen".

Die beiden nächsten Paragraphen, Einreden und Erlöschen schon begründeter Ansprüche, geben wieder zu Bedenken Anlaß:

§ 785: gegenüber den in §§ 783, 784 bestimmten Ansprüchen kann ein Recht zum Besitz oder zur Vornahme der störenden Handlung nur zur Begründung der Behauptung geltend gemacht werden, daß die Entziehung oder die Störung des Besitzes nicht verbotene Eigenmacht sei.

Das kann doch nur heißen:

einredeweise zu benutzen ist nicht jedes Recht auf Besitz, ius possidendi (eine Wiederholung der entsprechenden Vorschrift im Römischen Interdiktenprozeß),

sondern nur dasjenige Recht auf Besitz, das die Befugniß eigenmächtiger Ausübung (vgl. § 780,1: „sofern nicht das Gesetz die Entziehung oder die Störung gestattet") in sich schließt.

Der folgende § 786 verordnet im ersten Absatz eine einjährige Verjährung derselben nach §§ 783, 784 begründeten Ansprüche,

erlischt, wenn er nicht innerhalb eines Jahres nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht, im Wege der Klage geltend gemacht wird;

worauf der minder durchsichtige Absatz 2 folgt:

das Gleiche gilt, wenn nach der Verübung der verbotenen Eigenmacht durch rechtskräftiges Urtheil festgestellt wird, daß dem Thäter ein Recht an der Sache zusteht, vermöge dessen er die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann.

„Das Gleiche gilt u. s. w." — also nach verübter Eigenmacht, und nach hieraus (gemäß den §§ 783, 784) erwachsenem Anspruch, aber vor erhobener Klage, und vor Ablauf eines Jahres (Verjährungsfrist) vom Beginn der Klagmöglichkeit an

gerechnet, erlischt der erwachsene Anspruch (wie durch Verjährung) durch das Ergehen eines rechtskräftigen, und jenachdem durch das Rechtskräftigwerden eines bereits ergangenen Urtheils, das ein „dem Thäter" an der Sache zuständiges Recht feststellt. Bis hierhin unzweifelhaft; doch welcher Art soll dieses dem „Thäter zustehende Recht" sein? Das sollen die Worte „vermöge dessen an die Herstellung eines seiner Handlungsweise entsprechenden Besitzstandes verlangen kann", ergeben. Wir stehen vor der Alternative:

α, Recht, das seine Handlungsweise (Eigenmacht) rechtfertigt,

β, das zwar die Handlungsweise selber nicht rechtfertigt, wohl aber den durch dieselbe herbeigeführten Erfolg, als einen an sich rechtmäßigen erscheinen läßt.

Nehmen wir zunächst α, (das dem Wortlaut weniger zu entsprechen scheint) an, so erhalten wir ein unbefriedigendes Resultat; wenn das gleiche Recht zur Eigenmacht, das auch einredeweise (nach § 785) benutzt werden könnte, vor Erhebung der Klage wider „den Thäter" von diesem selber klageweise verfolgt, und in Folge dessen durch rechtskräftiges Erkenntniß festgestellt wird, so erlischt damit der Anspruch aus der Eigenmacht. Oder genauer, dieser Anspruch erlischt nicht, sondern er hat nie bestanden, da die Eigenmacht eine gesetzlich gestattete gewesen, was ja rechtskräftig festgestellt ist. Danach § 786,2 überflüssig, weil selbstverständlich.

β, Recht nicht zur Eigenmacht, aber auf den mittels Eigenmacht herbeigeführten Besitzstand; dies genügt für sich allein nicht zur Einrede wider die aus der Eigenmacht gegen den Thäter erhobene Klage (vgl. § 785). Aber wenn das selbige Recht noch vor erhobener Klage in einem anderen Prozesse rechtskräftig festgestellt wäre, so hätte es den Anspruch aufgehoben, und es müßte unweigerlich gestattet sein, bei der Klage aus Eigenmacht hierauf (als Einrede) Bezug zu nehmen.

Will man nun kein, weder aus allgemeinen Gründen zu rechtfertigendes noch durch den Wortlaut von 786,2 gefordertes Gewicht auf die besondere Zeit der rechtskräftigen Feststellung legen, namentlich darauf, daß diese nach dem verbotenen Eigenmachtsakt und vor der Erhebung der hieraus erwachsenen Klage geschehen, so gelangt man zu dem Ergebniß: „Gegenüber den in den §§ 783, 784 bestimmten Ansprüchen" kann Beklagter sich berufen,

erstlich auf ein Recht auf Besitz, das die eigenmächtige Erlangung desselben gestattet,

zweitens auf ein Recht auf Besitz, das an sich die eigenmächtige Erlangung nicht gestattet, wohl aber dann, wenn es vorher rechtskräftig festgestellt worden ist, z. B. durch die Feststellungsklage nach RCPO. 231.

Daraus würde weiter folgen: Alle Rechte auf Besitz werden durch ihre rechtskräftige Feststellung zu Rechten auf eigenmächtigen Erwerb des Besitzes; oder mit andern Worten: wem nur einfaches (d. h. nicht auf den eigenmächtigen Erwerb gerichtetes) Recht auf Besitz gerichtlich zuerkannt ist, der hat, sobald Rechtskraft beschritten, auch die Befugniß erlangt, dies einfache Recht eigenmächtig durchzuführen. Und noch weiter: wenn solch einfaches Recht auf Besitz nur darum nicht gerichtlich festgestellt wäre, weil unter den Betheiligten gar kein Zweifel über seine Existenz besteht, oder der gegen den es sich richtet dasselbe ausdrücklich anerkannt hätte, sollte das weniger wirksam sein als ein erst zweifelhaftes und darum gerichtlich festgestelltes Recht? Oder käme es vielleicht auf die Form der Anerkennung an? Kurzum, die scharfe Begrenzung der Bestimmungen von § 785, wird durch den nachfolgenden § 786,2 nicht gerade erleichtert.

Klarer ist dann wieder das folgende:

§ 787: Die Vorschriften der §§ 780—86 gelten auch zu

Gunsten desjenigen, welcher nur einen Theil einer Sache, insbesondere abgesonderte Wohn- oder andere Räume besitzt.

Die Fassung ist vielleicht nicht tadelsfrei („Wohn- oder andere"), die Abgrenzungsfrage, bei welchen Sachen der Besitz eines Theiles zulässig bei welchen nicht, stellenweis schwierig, immerhin liegt ein klarer Gedanke zu Grunde, dessen Durchführung in den einzelnen Fällen getrost der Praxis überlassen bleiben mag.

§ 788. Besitzen mehrere eine Sache gemeinschaftlich, so findet in ihrem Verhältnisse zu einander ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des dem Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt.

Hiernach steht zweifellos fest:

erstlich daß es Mitbesitz (compossessio) giebt;

zweitens daß für die Verhältnisse der Mitbesitzer zu einander ein Besitzschutz zum einen Theile („insoweit nicht") stattfinden soll, zum andern nicht. Die Unterscheidung der beiden Theile geben die Worte an: „um die Grenzen des dem Einzelnen zustehenden Gebrauchs". Das dürfte zu folgender Entscheidung führen:

Wenn A und B Mitbesitzer eines Gartens sind, von dem A bisher ausschließlich die Blumen, B ebenso ausschließlich die Früchte bezogen, so kann Jedeiner gegenüber dem Andern sein Mitbesitzrecht auf die Thatsache des Mitbesessenhabens stützen, dagegen kann auf derselben Grundlage von dem Einen nicht die Ausschließlichkeit des Blumenbezugs von dem Andern nicht die des Früchtebezugs behauptet wurden.

Auch der nächstfolgende Paragraph (789) zählt sachlich und formell zu den besser gelungenen. Wenn eine Sache (lebendige oder todte)

α, aus der Gewalt des Besitzers,

β, auf ein im Besitz eines Andern befindliches Grundstück gelangt,

„so hat der Besitzer des Grundstücks [dem Besitzer der Sache] die Aufsuchung und Wegschaffung zu gestatten". Damit ist ein „Verfolgungsrecht ohne weiteres" ausgeschlossen, der Besitzer der Sache hat die Erlaubniß von dem Besitzer des Grundstückes zu erbitten, dieser ist verpflichtet, sie zu gewähren. Hat er das gethan, so ist

der durch die Aufsuchung und die Wegschaffung entstandene Schaden dem Besitzer des Grundstücks zu ersetzen.

Diese Verpflichtung ausdrücklich hervorzuheben, war zweckmäßig, da eine Schädigung des Grundstückes auch ohne jegliche Verschuldung des Sachbesitzers eintreten könnte.

Etwas zweifelhafter scheint der Schlußsatz:

Ist die Entstehung eines Schadens zu besorgen, so kann die Gestattung verweigert werden, bis für den Ersatz Sicherheit geleistet worden ist.

Nicht daß wir diese cautio damni infecti unter allen Umständen für nicht erforderlich hielten; aber die jetzige Fassung kann Anlaß geben zu läppischen Streitigkeiten, über die Erforderlichkeit, eventuell Höhe der Sicherheitsleistung, während deren die Zeit verstreicht, innerhalb deren eine nützliche Aufsuchung und Verfolgung allein möglich war; bis der Richter über die Sicherheitsleistung entschieden, dürfte unsere Sache längst verdorben und gestorben oder von dritten unberechtigten abgeholt sein. Daher wäre vielleicht die Fassung zu empfehlen gewesen:

Bestehen berechtigte Zweifel, ob der Besitzer den entstehenden Schaden zu ersetzen vermögend sein wird, so kann die Gestattung u. s. w.

Doch wollen wir nicht bestreiten, daß eine vernünftige

Praxis auch mit den Worten von E. II auszukommen wissen[5]) wird.

Das Verfolgungsrecht des Sachbesitzers fällt weg:

1) „Sofern die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist“ von dem Grundstücksbesitzer oder von Dritten. Haben diese kein Recht zur Inbesitznahme, so liegt ein Fall der verbotenen Eigenmacht vor, und dem Sachbesitzer erwachsen die entsprechenden Besitzschutzansprüche (§ 783—86).

2) § 825. „Früchte, die von einem Baume oder einem Strauche auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, gelten als Früchte dieses Grundstücks. Diese Vorschrift findet keine Anwendung wenn das Nachbargrundstück dem öffentlichen Gebrauche dient“. Gerade als Romanist möchte ich aussprechen, daß mir diese Vorschriften mit dem modernen Rechtsgefühl im Einklang zu stehen scheinen.

3) Darf der Grundstücksbesitzer aus anderen triftigen Gründen die Gestattung der Verfolgung weigern? Sobald

---

5) Noch in anderer Beziehung erscheint eine rationell einschränkende Auslegung des § 789 geradezu unerläßlich. Ein öffentlicher Weg, vielleicht nur für Fußgänger und Reiter, führt über Privatland, das offen daliegt, Aecker, Weiden, Wald. Durch einen Zufall verliere ich Hut oder Peitsche, Stock, Taschentuch, Brille, und sehe sie nun nicht weit ab vom Wege liegen. Ein Recht, das Privatland zu betreten, habe ich ohne weiteres nicht, gleichwohl liegt es ebenso im Interesse des Verlierers wie des Grundherrn (um mit müßigen Anfragen verschont zu bleiben), daß der Verlierer nicht nach § 789 vorgeht, sondern sofort seine Sachen wieder an sich nimmt, auch die Mühen irgend welcher Anzeige sich und dem Grundherrn erspart. — Oder man bedenke folgenden nicht fingirten Fall: der ungewöhnlich große Hund eines meiner Bekannten, der seinen Herrn auf dem Spaziergang begleitet, bringt in ein sehr wohl vergattertes zur Zeit unbewohntes Grundstück ein, und ist danach völlig außer Stande, ohne menschliche Hülfe sich wieder herauszufinden. Sollte mein Freund den Besitzer des Grundstücks aufsuchen, der sich drei Meilen von hier aufhält? Inzwischen hätte der Hund, es war im Winter, krepiren können, oder auch einen Fremden, der in seine Nähe gekommen, zuschanden beißen.

er selber Besitz ergreift, wäre er dazu befugt, aber gerade Besitzergreifen will er oder kann er nicht. Beispielsweise als Fabrikherren liegt ihm daran, keinen Fremden auf sein Gebiet zu lassen, da Fabrikationsgeheimnisse entdeckt werden könnten; in anderen Fällen könnte die Zulassung mit Leibes- oder gar Lebensgefahr für den Zuzulassenden verknüpft sein. Daß die Weigerung hier durchschlagen müßte, steht fest; geschähe die Weigerung aber im alleinigen Interesse des Weigernden, so wäre wohl das einfachste, dieselben in ihren Rechtsfolgen einer Besitzergreifung seitens des Abweisenden gleichzustellen.

Für das Verständniß der noch übrigen Bestimmungen empfiehlt sich, den letzten Paragraphen voranzuschicken:

> § 793. Wer eine Sache als ihm gehörig besitzt, ist Eigenbesitzer.

Den Gegensatz hierzu bestimmt

> § 790,1. Besitzt Jemand eine Sache als Nießbraucher Pfandgläubiger, Pächter, Miether, Verwahrer, oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem Andern gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer [mittelbarer Besitzer].

Zugegeben, daß ein größeres modernes Gesetzbuch nicht ganz ohne Definitionen auskommen kann, und daß ein so wenig gebräuchlicher Ausdruck wie „Eigenbesitzer" einer Erläuterung bedurfte, immerhin aber wird ein Paragraph, der nichts enthält als die nackte Definition und sich auffällig macht, indem er als Schließender seinem Zuge nachtrottet, der ganzen Darstellung nicht gerade zur Zierde gereichen. Dagegen dürfte Sachliches wider die Gegenüberstellung nicht zu erinnern sein: „Eigenbesitzer, Nichteigenbesitzer". Nennen wir letztere (entsprechend den „mittelbaren Besitzern") „Besitzvermittler", so liegt es nahe, diese den „Besitzdienern", auf die § 778 ver-

weist, gegenüberzustellen. Es ergeben sich alsdann folgende Sätze:

Kein Besitz ohne Eigenbesitzer (will sagen, das Besitzverhältniß kann niemals bei den Besitzdienern oder bei den Besitzvermittlern aufhören, hinter diesen muß allemal ein Eigenbesitzer stehen); der Eigenbesitzer übt den Besitz unmittelbar oder mittelbar; unmittelbar, in eigner Person oder durch Besitzdiener; mittelbar, durch Besitzvermittler.

Der Besitzvermittler kann selber auch wieder Besitz üben, unmittelbar, in eigener Person oder durch Diener, oder mittelbar, durch Aftervermittler (vgl. § 791):

> Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der in § 790, 1 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer.

Der Besitzvermittler, der selber unmittelbar besitzt, hat volles Besitzrecht, Selbsthülfe und Gerichtshülfe; auf das Verhältniß dieses Besitzrechts zu dem des mittelbaren Besitzers sieht § 790, 2:

> Wird gegen den Besitzer [Besitzvermittler] verbotene Eigenmacht verübt, so stehen die in den §§ 783—84 bestimmten Ansprüche auch dem mittelbaren Besitzer zu. Im Falle der Entziehung des Besitzes ist, wenn der bisherige Besitzer [Besitzvermittler] den Besitz nicht wieder übernehmen will oder kann, der mittelbare Besitzer zu verlangen berechtigt, daß ihm der Besitz eingeräumt wird. Unter der gleichen Voraussetzung kann er im Falle des § 789 verlangen, daß ihm die Aufsuchung und Wegschaffung der Sache gestattet wird.

Man wird also das Besitzrecht des mittelbaren Besitzers kurz als ein „subsidiäres" bezeichnen dürfen. Die Uebertragung desselben ordnet

§ 792. Der mittelbare Besitz kann dadurch auf einen

Anderen übertragen werden, daß demselben der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird.
Ob dies die einzige Uebertragungsart sein soll, wird nicht gesagt.

III. Ueberschau der Ergebnisse, die neuen Grundgedanken.

Keinem Fehler des Textes sind wir aus dem Wege gegangen, und haben mancherlei zu rügen gefunden, aber all diese unliebsamen kleineren Wahrnehmungen sind nicht ausschlaggebend für den Totaleindruck: die Reform des Besitzrechts ist vielleicht die kühnste und hoffentlich erfolgreichste That der neuen Kommission. Noch zwischen Ulpian und Paulus haben erhebliche Differenzen über Kardinalpunkte der Lehre bestanden; seitdem dann die Rechtswissenschaft zu neuem Leben erwacht ist, bewegen sich die heftigsten Kontroversenstürme um die einzelnen Possessionsfragen. Und wunderbar fast, zu Anfang dieses Jahrhunderts scheint es einmal als vermöge eine freilich allen früheren überlegene Geisteskraft die Stürme zu bannen und den Rätseln feste Lösungen aufzuzwingen, aber der Nachweis, daß dies doch wieder ein Schein gewesen, bleibt nicht vus, die Gegenströmung greift weiter denn je zuvor, und mit Savignys Doktrin kommt das Römische Besitzrecht selber zu Fall. Diesen Fall besiegelt der neue Entwurf.

Schon bei der Abfassung von E. I hat offenbar der Gedanke zu Grunde gelegen, das gemeine Besitzrecht einer zeitgemäßen Reform zu unterziehen, aber während die auf Beseitigung des Alten und Unbrauchbaren gerichtete Energie nicht ausreichte [6]), bewährte sich andererseits in der Darstellung

6) So lautet die in E. I § 797 vorangestellte Definition des Besitzerwerbs

Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache,

des Neuen keine glückliche Hand. Die zweite Lesung ist entschiedener und glücklicher vorgegangen, sie sucht den Anhalt für ihr neues Besitzrecht so wenig im Römischen wie in einem der aus dem gemeinen Rechte herausgewachsenen Gesetzbücher, dagegen ist der Litteratur, zumal der neuesten, die sich mit den Versuchen von E. I befaßt hatte, aufmerksamste Beachtung zu theil geworden. Die Hauptresultate:

A. Besitz besteht nur an Sachen, und entspricht allemal dem Eigenthum. Also nichts von den Römischen iuris possessio oder quasi possessio, oder gar von dem Preußischen (ALR. I 7, § 4): „Wer ein Recht ausübt, ist Inhaber des Rechts"; keine Verschiedenheit von superfiziarischem und Servitutenbesitz, R.E. (= Entsch. d. R.Ger. in Civ.S.) VII S. 146. Freilich soll nach E. II ein Nießbrauch an „beweglichen Sachen" ersessen werden können (vgl. § 943), aber der Thatbestand setzt sich alsdann zusammen aus dem gemeinen Sachbesitz und dem animus utendi fruendi. — Sicherlich wird die Frage, ob man unter „Besitz" zu verstehen habe allemal nur ein besonderes Verhältniß zwischen Person und Sache, gleichsam das äußere Spiegelbild des Eigenthums, oder vielmehr eine bei der Mehrzahl der Rechte, allen welche eine dauernde Ausübung gestatten, sich wiederholende Erscheinung, mit dem Abschluß unseres neuen Gesetzbuchs nicht zur endgültigen Entscheidung gelangen. Sie ist nichts weniger als spruchreif, nichts weniger als genügend durchdacht und durchstritten, in manchen wichtigen Beziehungen, z. B. Besitz von Rechten an unkörperlichen Sachen einschließlich den Namen und sonstigen Bezeichnungen, sowie von Rechten öffentlichrechtlicher Natur, kaum eben in

---

in Verbindung mit dem Willen, die Sache als die seinige zu haben,

kaum wesentlich anders als A.Preuß. L.R. I 7 § 1 u. § 3, Oest. b. GB. § 309, Sächs. b. GB. 186.

Angriff genommen. Gleichwohl ist die Beschränkung des Besitzes im E. II aus praktischen Gründen zu rechtfertigen. In dem Augenblick da man daran geht, die rei possessio (Sach- oder Eigenthumsbesitz) durchgreifend zu reformiren, ist es zweckmäßig, die volle Aufmerksamkeit auf den einen Punkt zu konzentriren. Die Aufgabe an sich ist ausreichend schwer, und Thorheit wäre es, sie noch mit den Nebenrücksichten zu belasten: „wird das, was wir hier für den Sachbesitz verordnen, auch auf die anderen Besitzarten so oder so zu übertragen sein". Beiläufig ließe sich auch noch anführen, daß gerade die vollständige Vernachlässigung, welche der Entwurf dem Rechtsbesitz angedeihen läßt, am besten geeignet ist, die den Rechtsbesitz erfordernden Momente zur Entfaltung ihres ganzen Könnens anzuregen.

B. Im Römischen Recht stehen mindestens drei, im gemeinen Rechte gar vier Erscheinungsformen der einzelnen dinglichen Rechte nebeneinander:

> Vollrecht,
> Recht des Ersitzers, durch die Publizianischen Klagen geschützt,
> Recht des juristischen Besitzers mit Interdiktenschutz,
> Recht des Detentors mit Spolienklage.

Dieser Reichthum, der schon früher als Ueberfluß erkannt wurde, ist in E. II auf zwei Gebilde reduzirt: Ersitzungen sollen zwar noch vorkommen, für die Ersitzungszeit aber kein besonderer Schutz gewährt werden; juristischer Besitz und Detention sind in Beziehung auf den Schutz einander gleichgestellt, wenn auch Eigenbesitz und Mittlerbesitz hinsichts ihres Thatbestandes ebenso wie hinsichts anderer Rechtsfolgen noch auseinanderzuhalten sind. Es bleiben also nur Vollrechts- (Eigenthums-)ansprüche, und Besitzansprüche, die wie jene ent-

weder rekuperatorisch (vindikatorisch) oder negatorisch sein können.

C. Die unter B. berührte Ausgleichung des Besitzes mit der Detention bedingt den Bruch mit der traditionellen Besitzthatbestandslehre. Savignys Doktrin ist zweifellos entthront, wieviel von dem Römischen Elementenpaar, animus und corpus, noch zu erhalten sein wird, darüber können die Ansichten auseinandergehen, vgl. unten § IV.

D. Reformbedürftig war das Recht betreffs des Eingreifens Dritter, nennen wir sie allgemein „Besitzhelfer". Das Römische Recht kennt als solche:

Sklaven, die wir nicht mehr haben;

Hauskinder, deren Stellung eine wesentlich andere geworden;

freie Vertreter (procurator) ohne durchgreifende Verschiedenheiten.

Jetzt wird diese dritte Klasse in zwei zerlegt,

Besitzdiener und Besitzmittler,

und es werden auch die Hauskinder bei der einen oder bei der anderen ihr Unterkommen zu suchen haben; näheres unter § V.

E. Abgethan ist Savignys Irrlehre, daß der Besitz Factum und Jus, Ursach und Folge in einem Stück sei. Zuzugeben daß dieselbe veranlaßt war durch den schlechten Römischen Sprachgebrauch, das eine Zeichen possessio bald an den erzeugenden Thatbestand und bald an die erzeugten Rechtsfolgen zu knüpfen, und daß vielleicht auch die Römischen Juristen bei dem Gebrauche des Wortes nicht immer recht vorsichtig gewesen (vgl. Mein R. des Bes. b. d. Römern, S. 345 f.), immerhin bleibt es bedauerlich für unsere deutsche Jurisprudenz, daß diese schlechthin widersinnige Behauptung so lange geduldig aufgenommen und weitergetragen ist. Desto erfreulicher ist der logische Aufbau in E. II:

Thatbestand: § 777—78 Erwerb des Besitzes;
§ 779 Beendigung;
§ 780 Verletzung.
Rechtsfolgen: § 781—82 Schutz durch Selbsthülfe;
§ 783—86 Gerichtshülfe.
Ergänzende Einzelheiten: § 787—93.

Daß die Rechtsfolge des Besitzthatbestandes ein „Recht" ist, dürfte hiernach wohl den Meisten einleuchten; nach den Erfahrungen aber, die an dem Römischen „ius possessionis" gemacht sind, und bei der unleugbaren Schwierigkeit, über den Begriff des „subjektiven Rechts" Einigung herbeizuführen, wird man immerhin auf einigen Widerspruch gefaßt bleiben mögen. Da die Frage in ihrer vulgären Fassung „ist der Besitz ein Recht?", für die Details des Besitzrechts von wenig Belang ist, und Bedeutung nur erhält als Glied der großen theoretischen Frage, „welche Rechtsgebilde fallen unter den Begriff und sind demgemäß mit dem Namen des subjektiven Rechts zu bezeichnen?", so ist hier jedes nähere Eingehen auf dieselbe vermieden, gleichwol aber anstandslos der Besitz, oder genauer gesprochen, die Rechtsfolgen des Besitzthatbestandes als „Recht" betrachtet und „Recht" geheißen worden.

IV. Thatbestand des Besitzerwerbs (Jhering—Bekker); subjektive Erwerbsfähigkeit.

Zu den anerkannten Hauptvorzügen unseres Handelsgesetzbuchs gehören seine vielen Lücken; je vollständiger ein Gesetzbuch zu sein bestrebt ist, desto mehr drückt es den ganzen Juristenstand hinunter. Wir werden also auch dem neuen Gesetzbuch sicher nicht verübeln, wenn es bewußt Lücken läßt, gewiße Fragen ganz übergeht, bei andern nur einen Namen giebt, in welchen die Entscheidung in einem oder dem anderen Sinne hineinzusetzen ist.

So ist der Namen für den Thatbestand des Besitzerwerbes:

thatsächliche Gewalt über eine körperliche Sache, aber kein animus domini (das „als ihm gehörig" § 733 ist ein neues Stück, das zu dem Thatbestande des gemeinen „Besitzes" hinzukommt, und diesen zum „Eigenbesitz" stempelt, der beiläufig bemerkt nicht anders geschützt wird als der gemeine).

In diesen Namen scheinen zu passen zwei kurz gesagt „Besitzlehren", die Iherings (am besten zusammengefaßt in der in diesen Jahrb. XXXII 1, S. 41—98 wiederabgedruckten Abhandlung), und meiner eigenen (gleichfalls in diesen Jahrb. XXX 5, insbesondere S. 310—32). Dritten gegenüber stehn wir, Ihering und ich, in den meisten Hauptsachen treu zusammen, andererseits trennen uns nicht unerhebliche Differenzen.

Ihering:

α) erworben wird der Besitz nur durch einen Willensakt, „Apprehensionsakt", dessen beispielsweise Kinder und Wahnsinnige in eigner Person nicht fähig sind (vergl. a. a. O. S. 76—77);

β) „corpus" ist die Bethätigung des Willens („animus") im Apprehensionsakt. „Der Gesichtspunkt, den die herrschende Lehre für das corpus aufstellt, ist die physische Gewalt oder faktische Herrschaft über die Sache . . . Er ist ein gänzlich verfehlter". (a. a. O. S. 77 f.);

γ) beim Besitze ist die Fortdauer des thatsächlichen Verhältnisses Voraussetzung des Anspruchs auf Rechtsschutz, der Besitzer hat nur so lange ein Recht, als er besitzt.

Bekker:

α) Der Besitz wird wohl gewöhnlich aber nicht ausnahmslos durch Willensakt erworben, sondern auch dadurch daß

eine Sache ohne unser Zuthun, in unsern Gewahrsam kommt, darum erscheinen auch Kinder und Wahnsinnige nach Umständen besitzerwerbsfähig;

β) die genaue Unterscheidung von animus und corpus ist nach E. II sogut wie werthlos, dagegen die Herstellung eines Zustandes, der dem Ausdrucke „thatsächliche Gewalt“ in § 777 entspricht, unerläßlich;

γ) ist der Besitz (= Recht) einmal erworben, so dauert derselbe fort, unabhängig von dem weiteren Bestande der den Erwerb begründenden Thatsachen, bis aufhebende Thatsachen eintreten.

Zur Mehrung der Klarheit wird es zweckmäßig sein, einiges über die Begründung der beiden Anschauungen vom Besitzrechte anzuschließen. Jhering trägt a. a. O. als Lehre des Römischen Rechts, Theorie der Pandektenjuristen, vor:

Dem Eigenthümer ist der Besitz für die ökonomische Verwerthung seines Eigenthums unentbehrlich;

der Besitz ist Voraussetzung der Entstehung, ist Grund eines Rechts;

der Besitzschutz ist gedacht als erleichterter Eigenthumsschutz;

der Erwerb des Besitzes kann nur durch eine speziell darauf (auf das Ergreifen der Sache) gerichteten Willensakt der Person (Apprehensionsakt) vermittelt werden; die bloße Erklärung des Willens (animus) ist zur Aneignung des Besitzes nicht genügend, es bedarf der realen Bethätigung desselben (corpus).

Diese geschichtliche Deduktion ist gleich, nachdem sie in die Oeffentlichkeit getreten, durch den von Jhering selber besonders in Besitzfragen hoch gestellten Bruns entschieden bestritten, und hat bis auf diesen Tag viel mehr Gegner als Freunde gefunden. Abgesehen von allem andern scheint durch-

schlagend dawider, daß im Interdiktenprozeß keine Einreden aus dem besseren Rechte an der Sache zugelassen werden, während beispielsweise bei der A. Publiciana, einer zweifellos zum Schutze des beginnenden Eigenthums erfundenen Klage, die exceptio iusti dominii eingeführt ist. Aber wenn auch die Römer diesen Gedanken, den Besitz als Eigenthumsposition zu schützen, nie gehabt haben sollten, der Gedanke selber wird dadurch nicht schlechter, und verliert namentlich nichts von seiner Brauchbarkeit für den Ausbau unseres heutigen Rechts. Freilich könnte E. II § 785, daß gegenüber den Besitzklagen eine Berufung auf besonderes Recht im allgemeinen nicht („nur zur Begründung der Behauptung, daß .... nicht verbotene Eigenmacht sei") gestattet sein sollte, uns stutzig machen und Bedenken erwecken gegen die Verträglichkeit des neuen Rechts mit Iherings Theorien, doch ist der Zusammenhang zwischen Ihs. legislativer Begründung und den praktischen Ergebnissen kein so inniger, daß man nicht jene fallen lassen und gleichwohl den Besitzerwerbs-Thatbestand nach Ihs. Verlangen normiren könnte. Im Gegensatze zu Ihering lege ich auf die legislative Begründung des Besitzrechts nur geringes Gewicht, könnte aber[7]) mit Savigny und der nach Ihering (diese Jahrb. XXXII S. 57) zur Zeit noch herrschenden und wie es scheint auch von der zweiten Kommission gebilligten Meinung denselben suchen „im Interesse der Erhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung". Ihering selber sagt: „dieser polizeiliche Grund des Besitzschutzes habe etwas höchst einleuchtendes", nur stimme er nicht zu der Gestaltung „des Besitzschutzes im Römischen Recht"; gegen die Entwickelung eines neuen Besitzrechtes auf demselben Ge-

7) Abgesehen selbstverständlich von der geschichtlichen Entwickelung der interdicta retinendae possessionis bei den Römern; über diese Mein R. d. Bes. § 17—20.

danken, dürfte also auch Jhering kaum etwas zu erinnern gehabt haben.

Für eine Auslegung der fraglichen Punkte von E. II im Sinne der Jhering'schen Theorie spricht, daß damit der Anschluß an das Römische Recht, und an das bisher in unserer Praxis (wenigstens in Bausch und Bogen) übliche gewahrt bleibt. In konkreten Besitzstreitfällen hat das Heraustifteln von animus und corpus schon manchem gewissenhaften Praktiker Noth und Sorge bereitet, der endlich ermüdet zu Präsumptionen und Fiktionen gegriffen, um ihn über die sonst nicht zu überbrückenden Klüfte fortzutragen; gleichwohl dürfte die Annahme eines Besitzrechts, das von vornherein den animus für entbehrlich erklärt, noch immer Vielen als tollkühner Sprung ins Blaue erscheinen. Hierzu kommt, daß der Begriff des Gewahrsams weder mit kurzer Wortformel zu definiren, noch durch wenige Beispiele nach außen hin sicher abzuschließen ist: ein Produkt unserer Lebens- und Verkehrsgewohnheiten, wird es vielmehr des genauesten Studiums dieser Gepflogenheiten bedürfen, um zu festen Ergebnissen zu gelangen.

Uebrigens ist die Annahme eines auch ohne Willensakt zu erwerbenden Gewahrsams durchaus nichts neues. Man vergl. APrLR. I 7:

§ 1. Wer das physische Vermögen hat über eine Sache mit Ausschließung Anderer zu verfügen, der hat sie in seinem Gewahrsam, und wird Inhaber derselben genannt.

§ 43. Niemand kann ohne oder wider seinen Willen wirklicher Besitzer einer Sache werden, wenngleich dieselbe in seiner Gewahrsam sich befindet.

§ 138. Wer eine Sache ohne es zu wissen in seiner Gewahrsam hat, überkommt erst nachdem er

Wissenschaft davon erhalten, die Pflichten eines Inhabers. Auch im Strafrecht ist der ohne Wissen und Willen bestehende Gewahrsam kein Fremdling mehr, wenn auch in der Litteratur über die ihm zukommende Bedeutung gestritten wird. Man bedenke etwa folgenden Fall: Aus meiner Bibliothek sind 100 Bände gestohlen, von denen 20 erst vor wenigen Tagen ein Freund von mir, der mich beschenken wollte, ohne mein Vorwissen eingestellt hat; bei dem Diebstahl weiß ich von deren Dortsein noch nichts, sind deshalb diese 20 Bände nicht gestohlen, oder doch nicht mir gestohlen? und falls allein diese 20 Bände fortgenommen werden, so wäre nichts gestohlen? Rationell hat das Reichsgericht entschieden, RE. in Str. S. V 77: „zum Gewahrsam einem lediglich faktischen Zustande, gehört nicht nothwendig Kenntniß von dem physischen Vermögen mit Ausschließung Anderer über die Sache zu verfügen"; und ebenda V 74: „der Depositar hat den Gewahrsam (im Sinne von RStrGB. 242, 246) einer verschlossenen Sache nicht blos an der Hülle, sondern auch an dem Inhalt".

Bei oberflächlicher Vergleichung von E. I mit E. II könnte vielleicht der Gedanke entstehen, daß schon der Text von E. II eine Entscheidung in unserem Sinne gebe. E. I 797 lautete:

> Der Besitz einer Sache wird erworben durch die Erlangung der thatsächlichen Gewalt, über die Sache (Inhabung), in Verbindung mit dem Willen des Inhabers, die Sache als die Seinige zu haben. (Besitzwille.)

Daraus ist E. II 777, durch Streichung des zweiten, auf den Besitzwillen bezüglichen Satzes, hergestellt. Sodann ist E. II 800:

> Eine geschäftsunfähige Person kann nicht durch eigene Handlungen Besitz erwerben.

einfach gestrichen. — Beides scheint, wenngleich beachtenswerth, doch nicht schlechthin durchschlagend. Nach E. II 777 wird Besitz erworben „durch Erlangung der thatsächlichen Gewalt"; und genau gesprochen „erlangen" wir nur, wonach wir „gelangt" haben, nicht was ohne unser Wissen und Wollen uns zufällt [8]). Zu E. I 800 aber bemerken die Protokolle nach Reatz „gestrichen weil selbstverständlich".

Einige Unterstützung findet unsere Auffassung dann wieder durch E. II 825:

Früchte, die .... auf ein Nachbargrundstück hinüberfallen, gelten als Früchte dieses Grundstücks.

Also kommen sie in das Eigenthum des Herrn dieses Grundstücks, und doch wohl auch in den Besitz desselben? Wer das bejaht, hat unweigerlich die Möglichkeit anerkannt, daß Besitz ohne Wissen und Wollen erworben werden kann. Wer es leugnet, wird weitere Auskunft geben müssen, in wessen Besitz die übergefallenen Früchte gerathen, denn daß sie im Besitz des Herrn vom Baum verbleiben, wird Niemand glauben. Einstweilen in den Besitz von Niemand? Also wäre auch kein Diebstahl daran zu begehen? Und durch welchen Akt erwirbt nachträglich den Besitz der Herr des Grundstücks auf das sie gefallen? Durch bloßes Besehen, oder Nachzählen oder gar Anfassen, Aufnehmen? — Sicherer sind die Besitzverhältnisse im § 789 geregelt: die Sache, die auf das im Besitz des Andern befindliche Grundstück gelangt, kommt dadurch allein noch nicht in den Besitz des Andern.

---

8) Wir „erlangen", wonach wir „gelangt", wie wir „erwerben" warum wir „geworben" haben. Hier ist der juristische Sprachgebrauch unzweifelhaft ein klarer, Niemand trägt Bedenken zu sagen: Der Suus erwerbe die Erbschaft ohne sein Wissen und Wollen. Für das „Erlangen" wird ein gleiches Nachlassen der Strenge schwer zu erweisen sein.

V. Thatbestand des Besitzverlustes.

Es wird kaum zu bestreiten sein, daß einzelne Römische Juristen der Ansicht gewesen: die Dauer des Besitzes als Recht („ius possessionis") sei an den Bestand eines gewissen thatsächlichen Verhältnisses geknüpft. Aber selbst Paulus, von dem manche hier anklingende Aeußerung uns erhalten ist, muß bekennen fr. 3 § 7 de adq. u. am. p. 41, 2: „... si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides". Desgleichen ist es bekannt, daß der Sklave weder durch Entlaufen noch durch Dejektion meinen einmal begründeten Besitz brechen kann: der Mensch, von dessen weiterer Existenz ich nichts weiß, hält sich hunderte von Meilen entfernt von mir auf, gleichwohl besitze ich ihn, und durch ihn alles was er sonst selber besitzen würde. Gerade in diesen Fällen helfen sich die Römer mit dem ihnen geläufigen Auskunftsmittel der Fiktion: „animo retinere possessionem" (vgl. Mein R. d. Bes. b. d. Röm. S. 228 f.), die Annahme eines in Wirklichkeit nicht vorhandenen Thatbestandes, geknüpft an die Fiktionsbasis, daß man den Besitz früher thatsächlich erworben und später nicht thatsächlich aufgegeben hat.

Auch Ihering (a. a. O. S. 71) steht noch unter dem Banne dieser Römischen Denkgewohnheiten. Er erkennt die Singularität als solche vollständig, aber er weiß nicht von ihr loszukommen, „es ist mal so":

> Bei allen anderen Rechten löst sich das Recht von der erzeugenden Thatsache .... sofort wenn es entstanden ist, ab, ... aber bei dem Besitze ist die Fortdauer des thatsächlichen Verhältnisses, Voraussetzung des Anspruchs auf Rechtsschutz u. s. w.

Ihering übersieht hier nur das eine, daß dieser Satz

in Wirklichkeit nichts ist als ein Stück der von ihm übrigens so tapfer bekämpften Begriffsjurisprudenz.

Viel besser als zu Jherings könnte der selbige Satz zu meiner Besitzerwerbstheorie zu passen scheinen:

was in meinem Herrschaftsbereich („häusliche Gewalt", „Gewahrsam") gelangt ist, daran habe ich das Besitzrecht (Selbsthülfe und Gerichtshülfe wider eigenmächtige Eingriffe),

was aus meinem Herrschaftsbereich hinausgelangt ist, daran habe ich kein Besitzrecht mehr.

Gleichwohl muß ich ihn auf das entschiedenste ablehnen; schon weil ich nicht bloß die eine Art des Besitzerwerbs, durch in den Gewahrsam Kommen, sondern ebenso die andere, durch Zugreifen anerkenne, und nicht zugeben könnte, daß der in der einen Weise erworbene Besitz (= ius possessionis) anders zu beendigen wäre als der anders erworbene. Jedes Besitzrecht erlischt, sobald eine aufhebend wirkende Thatsache eintritt, nie früher. Welche Thatsachen sind dies? Nach E. II 779 diejenigen, welche bewirken,

daß der Besitzer die thatsächliche Gewalt über die Sache verliert.

Also:

A. Wenn die Sache der „thatsächlichen Gewalt" der Menschen überhaupt entzogen wird, untergeht, an unzugänglichen Ort gelangt, u. s. w.;

B. wenn „der Besitzer die thatsächliche Gewalt aufgiebt", Uebergabe und Dereliktion;

C. wenn „der Besitzer die thatsächliche Gewalt in anderer Weise verliert".

Dies kann geschehen,

a) Dadurch, daß ein Anderer die thatsächliche Gewalt für sich (nicht nach § 778 oder nach § 790) erwirbt. Es scheint

daß E. II., abgesehen von den Fällen der Besitzvermittelung, die Ausschließlichkeit des Besitzrechts in vollem Maße wahren will: schlägt die Selbsthülfe des § 781 durch, so ist der Eigenmächter ein Besitzer geworden, andererseits hört der Besitz an der Sache, welche auf ein in fremdem Besitze befindliches Grundstück (§ 789) gelangt ist, auf, sobald ein Anderer dieselbe „in Besitz" nimmt (vgl. auch unten VI a. E.).

b) Ohne und jenachdem vor dem daß ein Anderer Besitz erwirbt. Die hierher gehörige Gruppe von Fällen scheint am wenigsten geneigt, sich fest abschließen zu lassen. Zunächst haben wir wieder auf den Gewahrsam zu sehen: solange die Sache in dem Bereich meiner Gewalt verbleibt, auch wenn ich nicht weiß wo sie sich befindet, und deshalb augenblicklich außer Stande bin die thatsächliche Gewalt zu üben („vergessene, verlegte und versteckte Sache"), verbleibt dieselbe in meinem Besitze. Aber die Sachen könnten auch aus diesem Bereich herausgekommen sein, und einstweilen doch noch in meinem Besitz, dem nach § 781 und §§ 783, 784 zu übenden Rechte verbleiben: ein Beispiel giebt § 789, mein Hund geht zuweilen selbständig auf Reisen, pflegt aber nach ein bis zwei Tagen in mein Haus zurückzukehren; mein Gaul hat mich auf fremdem Territorium abgesetzt und jagt davon; beim Brande sind meine Möbel mit denen Anderer untermischt von Unbekannten auf die Straße gesetzt; bei Wassersnoth sind Sachen von mir nicht allzuweit fortgeschwemmt. So im allgemeinen woraus aber für die Entscheidung der Hauptfrage nicht viel zu entnehmen ist.

Für mich besteht die Hauptschwierigkeit darin, dem „Gewahrsam" oder der „häuslichen Gewalt" durch relativ feste Umgrenzung die erforderliche Konsistenz zu geben. Um nicht alles schon einmal in diesen Blättern vorgebrachte (vgl. XXX 5, insb. S. 318 f.) zu wiederholen, möchte ich nur auf

Einzelnes hervorheben. Der Gewahrsam gestattet eigenartige Einschachtelungen. Wenn A sein Haus selber bewohnt, hat er die häusliche Gewalt über das ganze; vermiethet er ein Stockwerk an B, so erhält (sobald er einzieht) dieser den Gewahrsam davon; B kann den C als Aftermiether bei sich aufnehmen; D mit Erlaubnis von C einen verschließbaren Schrank hier aufstellen, in dem Schranke des D steht ein verschlossener Kasten des E, in diesem liegt ein versiegeltes Couvert das F dahineingethan. Wenn X in die Wohnung des G eintritt, so bleiben Hut, Mantel, Regenschirm, auch wenn er sie ablegt, in seinem (des X) Gewahrsam. Ich behaupte, daß wir in unserm gesellschaftlichen Verkehr ein durchaus richtiges Gefühl dafür besitzen, wieweit der Gewahrsam des Einen reicht und wo der des Andern beginnt, was aber selbstverständlich einstweilen nicht so fein entwickelt sein kann, daß alle Zweifelsfälle ausgeschlossen wären. Z. B. im Gedränge steckt mir ein Taschendieb, der sich verfolgt glaubt, gestohlenes Gut zu, Dose, Portemonnaie, Brillantringe, ohne daß ich davon merke: habe ich „thatsächliche Gewalt“ über diese Sachen? Kommt etwas darauf an, wo der Dieb sie hingesteckt, in welches Kleidungsstück von mir, in welche Tasche? in meine Handschuhe? vielleicht gar in meine Hand? (ich bin etwas unempfindlich und sehr zerstreut) gewinne ich die thatsächliche Gewalt, sobald ich merke, daß die Sachen da sind? oder genügt auch dies Wissen nicht, und bedarf es noch eines Wollens, einer Willensäußerung, und zwar welcher? Analog folgendes: von verschiedenen Kaufleuten sind mir unbestellte Waren, Bücher, Zigarren, Handschuhe, Taschentücher, ins Haus geschickt (Realofferten), ohne daß ich davon erfahren; sie lagern in meinem Ankleidezimmer, die Boten der Geschäfte haben sie dort niedergelegt. Nun heiße ich den Diener meinen Koffer packen, ohne mein Wissen und durchaus gegen meinen Willen packt er von diesen Sachen

mit ein; am andern Morgen bin ich damit jenseits der Alpen. Habe ich nun schon die „thatsächliche Gewalt“ über diese Sachen, die ich in welchem Augenblicke erlangt hätte? oder bekomme ich sie erst, wenn ich erfahre, daß die Sachen bei mir sind (mein Diener hat vielleicht ein Verzeichnis der eingepackten Stücke oben aufgelegt), oder bedürfte es meiner eigenen Sinneswahrnehmung? oder genügt auch die noch nicht, ich muß etwas wollen oder thun, und zwar?

Man darf aber die hier hervortretende Grenzunsicherheit auch nicht allzu tragisch nehmen: es ist das ein Unheil, das unsere ganze Jurisprudenz durchzieht, nirgends völlig zu bannen ist, am wenigsten in der Besitzlehre, gleichviel ob man dem alten oder auch Iherings Dogma folgt. Betrachten wir einige Fälle des Besitzerwerbs, bei denen über das Dasein und Wirken des Willens kein Zweifel besteht.

Erstlich den bekannten oft besprochenen: ein Arbeiter steht im Walde, wo niemand ihn sieht, hört, mit scharfem Beil neben dem jungen Baum, den er nach Belieben umhauen kann; wir werden sagen, daß er die thatsächliche Gewalt noch nicht erlangt hat, aber in der Lage ist, sie beliebig zu erwerben und wohl auch auszuüben, sich zum Inhaber, Besitzer zu machen. Nun folgen wir dem weiteren Verlauf: er fällt den Baum wirklich, stutzt ihn zurecht für sein Bedürfniß, erst mit dem Beil dann mit dem Messer, schneidet sich den Stock zurecht, wie er ihn braucht, und geht damit ab. Jetzt hat er die thatsächliche Gewalt zweifellos erlangt, aber in welchem Augenblick? Mit dem ersten Beilhieb? Mit dem letzten? Dem Umfallen des Bäumchens? Der völligen Trennung vom Boden? Der Herstellung eines transportablen Stückes? Wo treffen wir auf den eigentlich entscheidenden Punkt? Zwischen dem ersten Stehenbleiben und dem endlichen Fortgehen liegt bald eine Stunde.

Oder: im Juwelenladen lasse ich mir Schmucksachen zeigen.

Wann erlange ich die „thatsächliche Gewalt"? wenn sie auf den Ladentisch gebreitet werden, so daß ich beliebig zulangen kann? Oder, wenn ich ein (vielleicht besonders werthvolles Armband) in die Hand nehme? Damit ans Fenster, in die Thür trete, um es besser zu sehen? Wenn ich es vermeintlich unbemerkt in die Tasche stecke? Oder wenn niemand im Laden vom Geschäftspersonal als ein Kind, und etwa noch eine alte Frau, unfähig mich zurückzuhalten falls ich etwa durchgehen wollte, wenn ich auf die Straße trete, die Gelegenheit benutze und versuche mit dem Schmuck zu entkommen? Vielleicht in einen dazu bestellten Wagen mit schnellen Juckern springe?

Bei alledem soll durchaus nicht geleugnet werden, daß auch in Zukunft der Besitz in den weitaus meisten Fällen durch Handlungen des Erwerbenden, animus und corpus wie Jhering will, gewonnen werden wird. Nur meine ich, man reiche damit nicht aus. Nach wie vor bleiben:

α, occupatio, Aneignung, Erwerb durch einseitiges Thun des Erwerbers,

β, traditio, Uebertragung, durch ineinandergreifendes Handeln des alten und des neuen Besitzers;

aber hinzukommen muß zu diesen beiden

γ, Erwerb der thatsächlichen Gewalt (in Gewahrsam bekommen) ohne alles eigne Zuthun.

Ich fordere dies ex aequitate moderna, aus einem weitverbreiteten Billigkeitsgefühl, das auf die Dauer nicht zurückgehalten werden kann, im Interesse der Willensfähigen ebenso wie der Willensunfähigen. Sind die mir geschuldeten (vielleicht schon bezahlten) Waaren abgesandt an mich, angelangt während ich und irgend ein sei es Besitzvermittler oder Diener von mir nicht zur Stelle, niedergelegt in meinen Räumlichkeiten, („in meinem Gewahrsam"), so dürfen sie ohne

meinen Willen aus diesem nicht wieder entfernt werden, sie bleiben mein, auch wenn über den Absender der Konkurs ausbricht, bevor ich von dem Einbringen erfahren. — Nur so kommen wir zur vernünftigen Erklärung des unumgänglichen Satzes, daß der Besitzer des geschlossenen Behälters (Kiste, Kasten, Koffer, Schrank u. s. w.), auch Besitzer des ganzen Inhalts ist, gleichviel ob er ihn kennt oder nicht, während der Willenstheorie keine Rechtfertigung desselben ohne Fiktionen oder andere unliebsame Künsteleien gelingt.

Und auch die Willensunfähigen dürfen nicht ganz ohne Besitzschutz gelassen werden, Kinder und Wahnsinnige. Der Satz, daß infantes und furiosi gänzlich willensunfähig sind, hat genau besehen nicht viel mehr Sinn, als der, daß die Sklaven res seien. Zu Botendiensten sind sicher manche zu gebrauchen, auch zur Ausrichtung von mündlichen Bestellungen.

Die bezüglichen Vorschriften lauten jetzt E. II § 78:

Geschäftsunfähig ist:

1) Wer das siebente Lebensjahr nicht vollendet hat,

2) wer sich in einem Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befindet, durch den seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen wird;

3) wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist.

Sollen die Kinder unter sieben Jahren gänzlich besitzunfähig sein? Sie könnten auch keinen Schatz finden (vgl. den schönen von Jhering Zivilrechtsf. Nr. 78 berichteten Fall und dazu E. II § 898 „.... in Folge der Entdeckung in Besitz genommen ..“)? Genießen sie auch keinen Besitzschutz an Kleidern, Ohrringen, Schulmappen, an den Waaren die sie vom Krämer geholt? Oder sagt man: hier fungiren sie als Besitzdiener der Eltern; aber wenn das Kind nun die Eltern verloren, im Augenblick vielleicht auch keinen Vormund

oder anderen Pfleger hätte. — Auch bei dem krankhaft Gestörten (78,2) ließen sich leicht Fälle entdecken, wo die Versagung der Besitzerwerbsmöglichkeit zu den größten Härten führen müßte. Gänzlich undurchführbar aber erweist sich die Besitznegation bei dem Entmündigten (78,3); derselbe möchte inzwischen vollkommen genesen und wie ein Gesunder zu halten sein, einstweilen aber bleibt er entmündigt, bis die Entmündigung durch Erkenntniß wieder aufgehoben ist, und darüber können zum mindesten Monate vergehen. Aus einer in solchen Fällen streng durchgeführten Besitzsperre ergeben sich die widersinnigsten Konsequenzen. Beiläufig ist es wohl auch nicht ganz logisch, dem Entmündigten die Geschäftsfähigkeit gänzlich abzusprechen, zugleich aber ihm zu gestatten, die Wiederaufhebung der Entmündigung selber zu beantragen (RCPO. 625), so wenig gegen diese Bestimmung sachlich zu erinnern ist.

Alles zusammengefaßt werden sich hier die Regeln bewähren, daß der Besitz verloren geht nur dann, wenn entweder ein Anderer der Besitz ergreift, oder wenn Umstände eintreten, die unwahrscheinlich machen, daß ich selber noch je in die Lage kommen werde, die mir entgangene thatsächliche Gewalt zurückgewinnen. Eine Schwierigkeit bereiten „verlorene Sachen", darum zumal, weil die Entscheidung der Frage, ob verloren oder nicht, bisweilen nichts weniger als einfach ist: solange die verlorene Sache ungefunden, verbleibt sie dem alten Besitzer, es kann „verbotene Eigenmacht" daran begangen werden; der Finder ist entweder ehrlich (wenn er nach Maßgabe von E. II § 770 f. handelt) oder nicht, im ersten Falle wird man ihn zu den Besitzvermittlern (§ 790) zu rechnen haben, folglich bleibt der Verlierer („mittelbarer") Besitzer, im anderen wird der Finder

Besitzer, hat aber die Folgen verbotener Eigenmacht, sowie des Verstoßes gegen § 880 f. zu tragen.

VI. Mitwirkung Dritter: Besitz Mehrerer.

Die Mitwirkung Dritter ist von Bedeutung ebenso für den Erwerb (adipisci possessionem) wie für die Erhaltung (retinere p.) des Besitzes. Nach Römischem Recht kann beides „per seruum" und nicht viel anders „per filium", oder „per procuratorem" geschehen. Es lag auf der Hand, daß die Aenderungen die das gemeine Recht angebahnt hatte, erheblich weiter geführt werden mußten. Was E. II hier bietet, ist als etwas vollkommen neues aufzuführen: wie die „dominica" ist die „patria potestas" aller Bedeutung entkleidet, und ein neuer Gegensatz, wie er den Erscheinungen des Lebens speziell bei dem Besitzerwerbe und der Besitzerhaltung entspricht zur Einführung gelangt: fortab werden wir zwei wesentlich verschiedene Klassen derjenigen haben, die nach Römischer Sprachweise eben als procuratores zu bezeichnen gewesen wären:

Besitzdienern, nach E. II § 778 (E. I enthielt nichts verwandtes, dagegen findet sich das Vorbild in den Bemerkungen d. K. Pr. Justizministeriums zu E. I als projektirter § 793 a);

Besitzvermittler oder kürzer Besitzmittler nach E. II 790 (mit entfernter Anlehnung an E. I 821).

Der Besitzdiener ist nicht Besitzer (§ 778 a. E.), sondern Organ des Besitzers, hat aber gleichwohl das Recht der Selbsthülfe wider Dritte (§ 782), nicht wider den Besitzer; selbstverständlich hat er eigenes Klagrecht wider Niemand. Der Besitzmittler ist selber Besitzer (vgl. § 790, 1), hat als solcher Selbsthülfe und Gerichtshülfe wider Dritte (vgl. § 790, 2)

wie gegen den mittelbaren Besitzer. Man könnte das etwa auch so fassen: Der Besitzdiener übt thatsächliche Gewalt in fremdem Namen und aus fremdem Recht, der Besitzmittler im eigenen Namen und aus eigenem aber freilich zeitlich begrenztem Recht. Und umgekehrt: wer durch Besitzdiener besitzt, hat die Sache im eigenen Gewahrsam, ist wirklicher (unmittelbarer) Besitzer, der in der Gewaltausübung durch die Thätigkeit Anderer unterstützt wird; wer durch Besitzmittler besitzt, hat die Sache nicht im eigenen Gewahrsam. Die Sache ist im Gewahrsam des Vermittlers, aber wegen der besonderen Beziehungen, die zwischen diesem und jenem bestehen, wird der Gewahrsam von diesem jenem zugerechnet, und auch jener gilt als Besitzer, doch nur als „mittelbarer“[9]).

Der Besitzdiener hat sofort „den sich auf die Sache beziehenden Anweisungen“ des Besitzherrn Folge zu leisten; eventuell steht dem Besitzherrn wider ihn Selbsthülfe (§ 731), und wo sie nöthig würde Gerichtshülfe (§ 783—84) zu. Ein solches Besitzdienerverhältniß besteht in einem „Haushalt“, in „Erwerbsgeschäften“ und in „sonstigen Verhältnissen“. Dieser sonstigen Verhältnisse giebt es viele und mannigfaltige:

Soldaten haben an Waffen, Munition, Uniform wohl Besitz (§ 790), aber an anderen Sachen, die ihnen dienstlich zu Transport, Reinigung u. s. w. übergeben werden, nur die Uebung thatsächlicher Gewalt als Diener; nicht anders die civilen Subalternbeamten.

Gepäckträger, Dienstmänner sind regelmäßig nur Besitzdiener der Reisenden und anderer Auftraggeber; anders wohl die Portiers auf Bahnhöfen, die berechtigt sind Gepäck in Verwahrung zu nehmen, hier muß § 790 eintreten. Zweifelhaft

9) Daß wo „mittelbare Besitzer“ und „Besitzvermittler“ einander gegenüberstehen, diese das stärkere Besitzrecht haben, daran läßt E. II 790 keinen Zweifel, jene sind „Auchbesitzer“.

werden die dazwischenliegenden Fälle: der Gepäckträger soll selber meine Sachen ein par Stunden lang, oder nur eine, eine halbe, zehn Minuten in seiner Hut behalten; wo ist hier die Grenze zu ziehn?

Aber auch wenn ein guter Freund dem andern Gepäckstücke trägt aus Gefälligkeit, macht er sich in Beziehung auf diese zu dessen Besitzdiener; so könnten zu gleicher Zeit A Diener des B in Beziehung auf β, und B Diener des A in Beziehung auf α sein; es könnte die Frau Besitzdienerin des Mannes, ebensogut der Mann Besitzdiener der Frau sein; gewöhnlich werden Kinder als Besitzdiener der Eltern auftreten, aber undenkbar ist auch der umgekehrte Fall nicht, wo die Kinder selbständig besitzen dürfen, können sie nach Umständen auch die Eltern zu Besitzdienern haben.

Das Charakteristische ist durchweg: Verhältnis bei dem nach den Gebräuchen unseres Verkehrs der Eine dem Andern gegenüber, soweit die thatsächliche Gewalt über die Sache in Frage steht, durchaus keinen eigenen Willen hat, sondern schlechthin den Willen des Andern zur Ausführung zu bringen gehalten ist. Dagegen dürfte kein Gewicht auf den Grund der Besitzdienerschaft zu legen sein, ob dieselbe aus einem dienstlichen, verwandtschaftlichen, geschäftlichen, freundschaftlichen 2c. Verhältniß hervorgegangen; die rechtliche Stellung des Besitzdieners als solchen bleibt von diesen Verschiedenheiten unbeeinflußt.

Daß an einigen Stellen die Frage auftauchen kann, ob Besitzdiener oder Vermittler[10]), ist schon angedeutet. Bei der

10) Ein hübsches Beispiel der unter Umständen auftauchenden Zweifel giebt Bo. XII 30: Der Ehemann behält die Stücke (Werthpapiere) im eigenen Bett, übergiebt aber Talons und Koupons der Ehefrau zum Verschluß in ihrem in der gemeinschaftlichen Wohnung befindlichen Sekretär.

Unmöglichkeit, allgemein durchschlagende Prinzipien der Lösung ausfindig zu machen oder sämmtliche hergehörige Fälle einzeln zu diskutiren, wird man die Beantwortung ausstehen lassen dürfen, bis das Leben sie fordert. Und zwar stehen in Aussicht:

a) Differenzen zwischen dem Gewaltübenden und Dritten. Besitzdiener und Besitzmittler haben das Recht der Selbsthülfe, der Gerichtshülfe aber nur die Mittler. Bestreitet der Dritte, also die persönliche Berechtigung eines solchen Klägers, so wird dieser nach § 790 zu beweisen haben,

daß er Nießbraucher, Pfandgläubiger u. s. w. ist, überhaupt irgend ein zeitlich begrenztes ius possidendi hat, oder

daß er einem Anderen (mittelbaren Besitzer) gegenüber auf Zeit zum Besitz verpflichtet ist.

Umgekehrt könnte auch der Dritte Kläger (Vindikant), der Beklagte Besitzdiener oder Besitzmittler sein. Vindikation wider einen Besitzdiener (als Nichtbesitzer) ist unzulässig, wäre sie gleichwohl eingeleitet, so müßte nach Klarleguug der Sachlage Abweisung erfolgen. Vindikation wider einen Besitzmittler ist zulässig, und steht unter den Regeln der RCPO. 73. Leugnet der Beklagte Mittler, und behauptet nur Besitzdiener zu sein, so dürfte nach der gemeinen Regel der Beweis dem Kläger zur Last fallen.

b) Differenzen zwischen dem Gewaltübenden und demjenigen, für den die Gewalt geübt wird. Und zwar

1) betreffs direkter thatsächlicher Eingriffe. Wo Besitzer

Das Reichsgericht hat nur die Frage beschäftigt: Besitzübergang, oder nicht? Nach E. II treten drei Möglichkeiten heraus:

die Frau wird Besitzdienerin — Besitzmittlerin — Eigenbesitzerin; ausschlaggebend ist nur der Wille der Betheiligten, über den diese aber vielleicht von vornherein nicht ganz klar gewesen, und nachträglich widersprechend berichten.

(„unmittelbare") und Besitzdiener einander gegenüberstehen, sind diese Eingriffe des Besitzers berechtigt, und die Abwehr derselben durch den Diener wäre verbotene Eigenmacht; zwischen dem Besitzmittler und dem mittelbaren Besitzer aber wären die thätlichen Eingriffe des mittelbaren Besitzers nach § 780 verbotene Eigenmacht, und die Abwehr seitens des Besitzvermittlers erlaubt nach § 781. Schwierigkeiten müßten sich ergeben, wenn der thatsächlich eingreifende Theil bewiese, daß der „Andere seinen Weisungen Folge zu leisten habe" (also nach § 778 Besitz*diener*verhältniß), und, was daneben immerhin möglich, der abwehrende Theil „bewiese", daß er dem Andern gegenüber zum Besitz verpflichtet sei (also nach § 790 Besitzvermittlung bestehe). E. II erscheint, wie schon oben angedeutet, nicht ganz glücklich gefaßt; die Praxis wird sich mit restriktiver Interpretation des § 778 zu helfen haben, und Besitzdienerschaft wohl nur da annehmen, wo ein Verhältniß erwiesen wird,

> vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Anweisungen des Andern, bei Vermeidung eines berechtigten thätlichen Eingreifens dieses Andern, *sofort* Folge zu leisten hat.

2) Betreffs der Klaganstellung und überhaupt Geltendmachung der Rechte aus § 790, 2: dieser giebt die Berechtigungen aus §§ 783, 784, 789 dem Besitzvermittler vor dem mittelbaren Besitzer, wogegen der Besitzdiener dieselben Berechtigungen nicht hat. Es könnte also B die Berechtigungen als Besitzmittler für sich begehren, A (der Vertretene) sie ihm absprechen, weil B nicht Mittler, sondern nur Besitzdiener sei. Die Lösung würde sich ähnlich wie bei 1) zu gestalten haben.

Mehrere können (vgl. § 788) wie nach gemeinem Recht [11]) dieselbe Sache nebeneinander zu ideellen Teilen besitzen. Der Besitz des einzelnen kann sich auch auf „einen Theil einer Sache" (§ 787) beschränken; bei unbeweglichen Sachen gleichfalls nichts neues, aber der angezogene Paragraph fährt fort:

insbesondere abgesonderte Wohn- oder andere Räume.

Bei beweglichen Sachen dürfte diese Art des Teil- oder Stück-Besitzes in Wirklichkeit recht selten vorkommen.

Ueber dem Besitzvermittler kann ein „mittelbarer Besitzer" stehen, über diesem ein zweiter [12]) der gleichen Art (§ 791), auch ein dritter u. s. w. Der „Eigenbesitzer" (§ 793) bildet allemal den Schlußpunkt einer solchen Besitzerreihe, über ihm kann kein Anderer, unter ihm können beliebig viele Besitzvermittler stehen. Undenkbar wäre auch ein Besitzdiener unter dem andern nicht: mein Kurier hat unter meinen Augen mein Gepäck auf der Bahn zu expediren, er nimmt einen Gepäckträger an, und dieser wegen der Menge der Stücke noch einen Gehülfen.

Die Römischen Juristen waren bekanntlich über die Frage, ob **iusta** und **iniusta possessio** neben einander bestehen können, verschiedener Meinung. In E. II erscheint das „**possessio plurium in solidum non datur**" in dieser Beziehung konsequent durchgeführt. Entzieht B dem A den Besitz durch „ver-

11) Es bleibt also auch wahr, was RE. XIII S. 179 über die rechtliche Natur des Mitbesitzes gesagt wird: ein auf einem ideellen Teil einer Sache beschränkter Besitz ist unmöglich. Der Mitbesitz Mehrerer an derselben Sache muß daher, sowohl im natürlichen als auch im juristischen Sinne des Besitzes in der Weise aufgefaßt werden, daß ein jeder von ihnen die ganze Sache besitzt, jedoch in seinem Besitz durch den gleichen Besitz der Uebrigen beschränkt wird.

12) So z. B. in dem RE. XIII S. 128 behandelten Falle, wo A dem B Papiere geliehen hat, um sie dem C zu verpfänden.

botene Eigenmacht" (§ 780), so wird B Besitzer in dem Augenblick da A aufhört dies zu sein. Freilich ist sein Besitz „fehlerhaft", und diese Fehlerhaftigkeit überträgt sich auf Erben und andere Besitznachfolger welche die Fehlerhaftigkeit des Besitzes ihres Vorgängers gekannt haben, aber von praktischer Bedeutung ist die Fehlerhaftigkeit doch nur gegenüber dem A und seinen Rechtsnachfolgern. Gegenüber allen Dritten aber ist B nunmehr vollberechtigter Besitzer, denen die Fehlerhaftigkeit seines Besitzes gegenüber dem A („quod uitio ab A possidet") so wenig nutzt, wie sonst eine exceptio ex iure tertii. Und auch gegenüber dem A und dessen Rechtsnachfolgern kommt die Fehlerhaftigkeit, sobald einmal Zeit und Gelegenheit zur Geltendmachung der Berechtigungen aus § 781 vergangen ist, nur so weit in Betracht, daß diesen wider den B und die belasteten Nachfolger desselben die Klage aus § 783 zusteht. Mit zwei Worten:

B und Nachfolger haben den Besitz,

A und Nachfolger haben den Besitz nicht, wohl aber die Klage wegen des mit verbotener Eigenmacht gebrochenen Besitzes wider jene.

VII. Mitwirkung Dritter in besonderen Fällen; constitutum possessorium.

Zur besseren Beleuchtung des neuen Rechtes ziehen wir einige Fälle aus der Praxis des Reichsgerichts heran.

A. Erwerb des Besitzes durch Uebergabe an einen Vertreter.

I. Ein Generalbevollmächtigter (Procurist) kann für seinen Geschäftsherrn Besitz und folgeweise Eigenthum erwerben, an Sachen (hier ein durch die Post bestellter Brief) die ihm für jenen übergeben werden, ohne daß hierzu Spezial-

mandat oder Ratihabition seitens des Geschäftsherrn erforderlich wäre, RE. XIX 47. Wie man dieser Entscheidung für das heutige Recht nur beistimmen kann, ebenso wird sie auch nach E. II gelten müssen, und zwar gleichmäßig für Besitzdiener und Mittler. Briefe und andere Sendungen, die mein Diener in meinem Hause annimmt, kommen sofort in meinen („unmittelbaren") Besitz, desgleichen alles, was während einer längeren Abwesenheit bei meinem Generalprokurator für mich eingeht, nur daß hier mein Besitz ein „mittelbarer" ist. Für das Recht der Zukunft taucht die Frage auf: ob der Prokurist als Besitzdiener oder Mittler zu betrachten sein wird? Schwerlich allgemein gleich zu entscheiden; in der Prokuraertheilung liegt kein in dieser Beziehung durchschlagend entscheidendes Moment: wo der Prokurist unter den Augen des Prinzipals arbeitet, kann er auch als Besitzdiener zu fungiren haben; wogegen derjenige Prokurist, der, wie in dem angezogenen Falle, nach dem Tode des Prinzipals dem Geschäft einstweilen allein vorsteht, sicherlich als Besitzvermittler gelten müßte.

II. Besitzerwerb des Vertretenen ohne entsprechenden Willen des Tradenten: B kann als Vertreter des A vom C Besitz für A erwerben, auch wenn C von dem Vertretungsverhältniß nichts weiß und vielmehr den Besitz auf B selber zu übertragen vermeint, RE. XXX 43[13]). Der Satz muß gleich-

13) Derselbe Gedanke: der direkte Vertreter des Accipienten erwirbt dem Vertretenen Besitz und Eigenthum, auch wenn der Tradent von dem ganzen Vertretungsverhältniß nichts weiß, und folglich auf den Vertretenen nichts zu übertragen beabsichtigt, liegt auch der Entscheidung RE. XXIV 62 (vgl. Bo. VIII 46, 53) zu Grunde, in einem freilich recht komplizirten Falle, den die verschiedenen Instanzen entsprechend verschieden beurtheilt haben, und bei dem auch die Entscheidung des Reichsgerichts nicht ohne Bedenken zu Stande gekommen zu sein scheint. — Ein Fall von normalem Besitzerwerb durch Vertreter Bo. VII 44.

mäßig für Besitzdiener wie für Besitzvermittler gelten, nur freilich mit dem Unterschied, daß im ersten Falle der Besitzdiener (z. B. ich schicke meinen Domestiken, für mich Einkäufe gegen baar zu machen, der Verkäufer kennt den Domestiken weder persönlich noch weiß er von dem Domestikenverhältniß; in gleicher Weise könnte ich einen Dienstmann benutzen, dem ich das Geld mitgegeben) nicht Besitzer wird, sondern nur der Vertretene („unmittelbarer Besitzer"); wogegen der Besitzvermittler selber Besitzer wird, während er den Vertretenen zum „mittelbaren Besitzer" macht. Hieran ändert sich auch nichts, wenn, wie in dem vom Reichsgericht behandelten Falle, A dem B einen Kauf aufgetragen hat, aber B von C die Sache geschenkt erhält. Abgesehen von besonderen, in dem fraglichen Falle nicht ersichtlichen Schattirungen, dürfte man auch den Diener wie den Vermittler nicht für verpflichtet halten können, dem A Kenntniß von der Schenkung zu geben, wohl aber für berechtigt, den hierbei lukrirten Preis für sich zu behalten. Ueberhaupt wird man dem B die Auffassung nicht verwehren dürfen, daß er das ihm aufgetragene Geschäft ausgeführt, und bei dieser Gelegenheit von C den zu zahlenden Preis geschenkt erhalten habe.

III. Schwieriger noch und interessanter ist der RG. XXX 56 behandelte Fall: B hat Loose erworben für zwei Spielerkonsortien A I und A II; er hat in seinen Büchern die sämmtlichen Betheiligten jedes Spielerkreises sammt den diesem Kreise zugehörigen Loosen eingetragen, und entsprechende Mittheilungen durch Postkarten an die einzelnen Spieler gemacht, wobei die Verwechselung einläuft, daß a I den falschen Bescheid erhält, der Gruppe A II, a II aber den ebenso falschen, der Gruppe A I anzugehören; auf die Loose der Gruppe A II fällt ein großer Gewinn, hat a I daran theilzunehmen? a I klagt wider B, an den, beiläufig bemerkt, das Antheilsrecht von a II zurückgefallen

ist. Von den vielen interessanten Fragen, zu denen dieser Prozeß Anlaß giebt, berührt uns hier nur die eine, ob und eventuell in welchem Augenblick Besitz und folgeweise Eigenthum an den Loosen von B auf die einzelnen zu den Gruppen A I und A II vereinigten Spieler übergeht. Das Reichsgericht hat entschieden, „mit der Uebersendung der Postkarte durch den Beklagten und ihrer Annahme durch den Kläger", trotz der hierbei miteingelaufenen irrthümlichen Verwechselung. Würde sich dieser Entscheid nach dem Rechte der Zukunft ebenso gestalten? Zunächst wäre als feststehend anzunehmen, daß B nur als „Besitzvermittler", nicht als „Besitzdiener" der Spieler in Betracht kommen, B also auch durch die fraglichen Mittheilungen nicht eigentlich den Besitz übertragen könnte, vielmehr während er die Spieler zu „mittelbaren Besitzern" machte, selbst „unmittelbarer Besitzer" bleiben würde. Dies bedingt aber keine Aenderung der Entscheidung in der Hauptsache: es wäre durchaus nicht undenkbar, daß der Erwerb des „mittelbaren Besitzes" die Spieler in demselben Augenblicke auch zu Eigenthümern (vgl. E. II 843) der Loose machte. Ebenso gewiß, daß mit dem Erwerb der Loose seitens des B nur dieser selbst[14]), nicht die Spieler, zu Besitz und Eigenthum gelangen; bei demnächst ausbrechendem Konkurse des B auch die Loose in die Konkursmasse gehören würden. Hierin liegt kein Widerspruch zu der vorher besprochenen Entscheidung (RE. XXX 43), die Fälle sind verschiedene, wie B die Loose erwirbt, bestehen die beiden Spielerkreise noch nicht als abgeschlossene Vereine, B kann nicht als direkter, sondern nur als indirekter Vertreter erwerben. Aber nachher hat er das Eigenthum auf die Spieler übertragen, und zwar:

α) nicht schon durch die Eintragungen in seinen Büchern,

---

14) Wie ähnlich der Kommissionär, vgl. RE. XI S. 56.

β) wohl aber durch die Mittheilungen an die Spieler, und zwar in dem Augenblicke, wo diese von den Spielern angenommen wurden,

γ) trotz dem eingelaufenen Irrthum.

Hierin liegen drei folgenschwere Grundsätze, gegen welche von meinem Standpunkte aus, so wenig für das Recht der Gegenwart wie für das der Zukunft, erhebliche Einwendungen zu machen wären, bei denen aber zweierlei nicht zu übersehen ist: daß sie nützlich und werthvoll nur bei konsequenter Durchführung werden; und daß ihre Begründung zwar nicht in einem allgemeinen Naturrechtssatze, aber auch weniger in einzelnen Gesetzesstücken, sei es der geltenden oder der projektirten Quellen, zu suchen ist, als in der modernen Aequitas, dem durch Praxis und Uebung verstärkten und weiter noch sich verstärkenden Rechtsgefühl unserer Tage. Wenn das Reichsgericht von der hier vorliegenden Irrung behauptet, daß sie „nur den Beweggrund betreffe", so bestätigt dies lediglich unsere alte Meinung, daß zwischen „Irrthum in den Beweggründen (Motiven)" und anderem Irrthum eine prinzipiell zu begründende sicher trennende Scheidewand überhaupt nicht aufzuführen ist.

Der oben betrachtete Fall hat uns in das Gebiet des

B) constitutum possessorium

hinübergeführt, das neuerdings die Praxis, insonderheit des Reichsgerichts, ebenso viel beschäftigt hat wie die Litteratur und die Juristentage. Die den reichsgerichtlichen Entscheidungen zu Grunde liegende Auffassung tritt in RE. V 49 besonders klar hervor:

Es herrscht in der Litteratur Streit darüber, ob durch die Erklärung des Veräußerers, die Sache fortan für den Erwerber besitzen zu wollen, und durch die Annahme derselben seitens des Erwerbers der Uebergang des Besitzes vermittels const. poss. eintritt, oder ob es, um diese Wirkung hervor-

zubringen, noch eines weiteren rechtlichen Grundes bedarf, kraft dessen der Veräußerer die Sache zu behalten berechtigt wird. Der Appellationsrichter hat sich der Ansicht angeschlossen, welche letzteres Requisit für erforderlich hält. Und dem ist beizustimmen. . . . . .
[es] genügt nicht das Uebereinkommen der Kontrahenten, daß der bisherige Besitzer die Sache fortan für den neuen Erwerber innehaben soll, sondern es muß ein Rechtsverhältniß geschaffen werden, vermöge dessen das Innehaben als Ausdruck einer rechtlichen Befugniß erscheint.

Aehnlich Bd. XV 20: . . . „ist für das Pr. R. wie für das Gem. R. anzunehmen, daß das const. ein anderes Geschäft unter den Betheiligten zur nothwendigen Voraussetzung hat, auf Grund dessen der bisherige Besitzer, obwohl er den Besitz abgiebt, den Gewahrsam behalten soll". Vgl. noch Bd. IV 56, 61, XI 29.

Das Reichsgericht hat sich hiermit derjenigen Meinung angeschlossen, die gegenwärtig auch in der Litteratur als vorherrschend zu betrachten ist, wenngleich es auch hier, vgl. Dernburg, Pand. (4. Aufl.) I § 181 N. 5, an entschiedenem Widerspruch, den das Reichsgericht selber nicht übersieht, keineswegs fehlt. Gegen diese herrschende Meinung und gegen die Ausführungen des Reichsgerichts spricht zumeist, daß derjenige Gegensatz, auf den sie bauen, im Leben die erforderliche Festigkeit und Konsistenz nicht besitzt, und zwar nicht bloß dem Laien unerfaßlich bleibt, sondern auch vor dem Juristenauge verschwimmen muß in einem Rechte, das die Gültigkeit der formlosen Vereinbarungen als durchgreifende Regel anerkennt: warum sollte hier die acceptirte Erklärung, „fortab für den Erwerber besitzen zu wollen", nicht ausreichen, ein „Rechtsverhältniß zu schaffen, vermöge dessen das fernere Innehaben

als Ausdruck einer rechtlichen Befugniß erscheint." Heute kaufe ich im Laden die Waare, nehme sie an mich, besinne mich aber vor dem Hinausgehen, daß ich sie erst in acht Tagen gebrauchen werde, vielleicht bis dahin bei mir gar nicht unterbringen kann, darum sage ich: „Verwahren Sie mir das Ding einstweilen, schicken Sie es erst Anfangs des nächsten Monats" — Verwahrungsvertrag, also const. possessorium. Aber wenn ich vom „Verwahren" nichts gesagt hätte, bloß „schicken Sie erst dann und dann", wäre darum die Rechtslage eine andere? Oder wenn ich die Frist zum Schicken kürzer gestellt, etwa bis heute Nachmittag? Oder wenn ich bloß mit einem „Schicken Sie es mir recht bald" aus dem Laden gehe? — Das Resultat der herrschenden und vom Reichsgericht getheilten Meinung ist ein Recht, das

die große Masse, die danach leben soll, nimmermehr begreifen kann;

das bei seiner Durchführung die Juristen selber in Zweifel und Widersprüche verstrickt, vgl. außer den bereits citirten Entscheidungen insbesondere noch RE. I 139, XIX S. 252—53, Bo. VIII 47;

und das gleichwohl nicht ausreicht, mißlichen Schiebungen und Verschleierungen bei Konkurs und ähnlichen Gelegenheiten einen festen Damm entgegenzusetzen.

Auch von E. II wird an dieser Stelle eine erhebliche Besserung kaum zu erwarten sein. Doch so unerquicklich die Bilder sein mögen, dürfen wir ihrer Betrachtung nicht aus dem Wege gehen.

I. Thatbestand des C. P. nach den reichsgerichtlichen Entscheidungen:

Kann ein einseitiger Akt des Uebertragenden genügen? Dawider ausdrücklich W i n d s c h e i d, Pand. (7. Aufl.) I § 172 zu N. 22a, der hier die gemeine Meinung vertritt; an-

scheinend auch RG. XXX 56, s. oben A IIIα, „nicht schon durch Eintragung in die Bücher des Konstituenten". Aber die Entscheidung, die in diesem Falle ganz richtig gewesen sein mag, will das Reichsgericht selber, unter wenig veränderten Umständen nicht aufrecht erhalten: ein Bankier ist von verschiedenen Kunden, von denen allen er Deckung in Händen hat, beauftragt, Papiere derselben Art am selben Tage zu kaufen, er bezieht alle Papiere von demselben Verkäufer, legt sie dann aber sofort auseinander in mit Namen versehene Umschläge: Depot des A, des B, des C, u. s. w. und macht die entsprechenden Eintragungen in seine Bücher, vgl. zu dem allen RG. XI 14; kurze Zeit nachher bricht über den Bankier Konkurs aus. Aus fr. 48 de adq. u. am. p. 41, 2, dem Haupthinderniß einer vernünftigen Entscheidung derartiger Fälle im gemeinen Recht, ist nichts weiter ersichtlich, als daß nicht jede einseitige Erklärung zur Besitzes- und Eigenthumsübertragung ausreicht; daß keine ausreichen könne, ist nirgends gesagt, ob die Römer selber derartig wirksame Erklärungen gekannt haben, für uns indifferent. Bei uns kann nur darauf zu sehen sein, daß die einseitigen Erklärungen

einmal durch ihre Formen genügend kenntlich sind (wie Eintragungen in die Bücher welche der Vollkaufmann nach festen Regeln zu führen verpflichtet ist), und

zweitens die Abgabe der Erklärung nicht beliebig zurückgenommen werden dürfte, weil sie zugleich Erfüllung einer dem Erklärenden obliegenden Pflicht (solvendi causa, ähnliche Erkärungen credendi oder gar donandi c. dürften weniger Beachtung verdienen) gewesen.

Unter diesen Umständen erscheint es durchaus unzweckmäßig, auf die etwaigen späteren Ereignisse, ob der Erklärende Meldung abgesandt, ob diese angekommen, ob der andere Theil eine zustimmende Antwort abgesandt, und ob auch diese an-

gekommen, noch Gewicht zu legen, wenigstens würde es dadurch unmöglich, in das kaufmännische Depositenwesen unserer Tage die erforderliche Ordnung zu bringen.

Diesen Anschauungen entsprechend hat das Reichsgericht RG. XI 14, insb. S. 60 u. 61 entschieden:

wenn der Einkaufskommissionär durch Bezeichnung bestimmter Effekten mit dem Namen des Auftraggebers, durch Legung derselben in ein besonderes Behältniß, speziell auch durch einen sich auf bestimmte Stücke beziehenden Vermerk in den Handelsbüchern, die Effekten individualisirt und aus seinem Vermögen abgesondert hat, und wenn er ferner dem Kommittenten schreibt, daß er die Effekten für diesen in Verwahrung nehme, so ist sein Wille, fortan nur Verwahrer zu sein, und diese Effekten für den Kommittenten in Gewahrsam zu halten, genugsam zum Ausdruck gebracht;

und

wenn die Firma dem Kläger das Nummernverzeichniß der Aktien übergeben hat, so ist damit ausgedrückt, daß sie die speziell bezeichneten . . . Aktien nunmehr für den Kläger aufbewahren wollte. Hiermit würden die Bedingungen für ein const. poss. gegeben sein.

Genau besehen, dürfte auch das citirte RG. XXX 56 damit im Wesentlichen übereinkommen: die Uebergabe soll sich vollziehen,

nicht durch jene Aufzeichnung im Buche des Beklagten, sondern erst durch die nachfolgende, die Uebergabeerklärung enthaltende Anzeige und deren stillschweigend erfolgte Annahme;

nur ist hiernach nicht völlig klar, ob das entscheidende Moment in der Ankunft der Anzeige, oder in dem Schweigen des Empfängers nach genommener Kenntniß liegt.

II. Thatbestand nach dem Recht von E. II: Hier würde wieder der Gegensatz der Ihering'schen und meiner Besitzerwerbstheorie (oben § IV) hervortreten, und ein Erwerb durch constitutum ohne mitwirkende Handlung des Erwerbers nach jener ebenso unmöglich, wie nach der meinigen möglich sein. Nach Ihering müßte auch wohl die Entscheidung RG. XI 14 als falsch gelten.

III. Wirkungen des C. P. — RG. I 54 S. 133: „Der behauptete Vorzug der körperlichen Uebergabe vor dem C. P. besteht nicht." Vgl. dazu etwa noch XI 14, XIII 47, XXVI 32. Damit soll aber durchaus nur gesagt sein, daß nach bestimmten Rechten, insonderheit dem Preußischen Landrecht, und in bestimmter Richtung, Vermittelung des Eigenthumserwerbs, das Konstitut der körperlichen Uebergabe gleich wirke. Andererseits hat das Reichsgericht ausdrücklich anerkannt, daß nach anderen Rechten, wie D.H.G.B. 306, 1 und Hamburgisches Gewohnheitsrecht, das C. P. der körperlichen Uebergabe nicht gleichsteht, und namentlich nur durch letztere unter gegebenen Umständen Eigenthum übertragen wird, RG. XXVII 7, XIX 45 a. E., Bo. XI 29. — Nach E. II 843, 847 soll, wie aus den von Reatz mitgetheilten Kommissionsverhandlungen zu ersehen, in Uebereinstimmung mit E. I 879,1, vgl. Mot. III S. 345, diese Beschränkung der Wirkungen des Konstituts festgehalten werden, aber die Fassung von E. II 847 ist recht bedenklich. E. II 843 handelt von der Zulässigkeit des Konstituts:

> Ist der Eigenthümer im Besitze der Sache, so kann die Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältniß vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt.

Dann § 847:

gehört eine nach § 843 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer;

wir sind berechtigt, dies zu deuten:

wird ein C. P. von einem Nichteigenthümer vorgenommen;

wozu dann aber das Folgende nicht paßt:

so wird der Erwerber Eigenthümer, wenn ihm die Sache von dem Veräußerer übergeben wird, es sei denn, daß er zu dieser Zeit nicht in gutem Glauben ist,

denn C. P. und das (körperliche) „Uebergeben", von dem § 847 spricht, schließen einander aus. Vergleicht man § 846,1, so erscheint 847,1 eigentlich überflüssig, denn in den Worten „durch eine in Gemäßheit der §§ 842, 845 erfolgte Veräußerung wird u. s. w." ist mitgesagt, daß das Gleiche für eine nach § 843 erfolgte Veräußerung nicht zu gelten hat.

C. Uebertragung des durch Andere geübten Besitzes.

I. Durch den Besitzer. Zweifellos richtig erscheint, nach gegenwärtigem wie nach zukünftigem Rechte, die Bd. VII mitgetheilte Entscheidung: A hat Weizen lagernd bei B (Besitzmittler); Handelsgeschäft zwischen A und C, auf Uebertragung des Gewahrsams, auf Anweisung macht B (beiläufig ein Lagerhaus) die entsprechenden Eintragungen in das Lagerbuch, auch Mittheilung hiervon an C, und erhält dessen Genehmigung der Gewahrsam ist auf C übergegangen. Fraglich hätte hier nur sein können, ob es der Genehmigungserklärung des C noch bedürfte, was hier nicht entschieden wird, nach den B I. mitgetheilten reichsgerichtlichen Sprüchen aber zu verneinen wäre. — Etwas zweifelhafter der Bd. IV 53 berichtete verwandte Fall. Für A lagern bei B (Speichergesellschaft) 900 Centner (= 450 Sack) Roggen, davon verkauft er unausgeschieden 300 Sack an C, die dieser wieder an D verpfändet,

B hat die entsprechenden Eintragungen gemacht; trotz der fehlenden Ausscheidung ist die Besitzübertragung wirksam geschehen. Wenn hiernach A berechtigt bleibt, die Herausgabe von 150 Sack zu verlangen, wogegen C und D über 300 zu disponiren haben, so entspricht dies der eminent fungiblen Natur des Getreides, obschon eine subtile Doktrin vom Standpunkte des condominium und der compossessio Bedenken dawider erheben könnte. Daß nach dem neuen Rechte an der Entscheidung zu ändern wäre, ist nicht erfindlich. — RG. V 51 enthält die zutreffende Unterscheidung, daß die Besitzübertragung dem A gehöriger und bei B lagernder Waren (hier Steine) auf C wohl durch schriftliche Anweisung an B geschehen könne, hierzu aber ein Schein des Inhalts,

ersuche dem Ueberbringer, die von uns auf Ihrem Platze stehenden Steine verabfolgen zu lassen,

nicht ausreiche, B bleibe auch hiernach Vertreter (Besitzmittler) des A, sei aber so berechtigt wie verpflichtet, dem C auf dessen Erfordern die Steine herauszugeben; erst mit dieser, der körperlichen Uebergabe, komme der Besitz auf C. Auch hieran dürfte E. II nichts ändern. — Bo. XII 32 betrifft einen Fall der entgegengesetzten Art, wo „mit der Aushändigung des Schriftstücks“ von A an C, in welchem der Name des detinirenden B nicht genannt ist, der Besitz von A auf B übergeht. Auch kann A (wie das Reichsgericht ausdrücklich hervorhebt, so nach Preußischem wie nach gemeinem Rechte) den Besitz auf C übertragen, ohne daß der detinirende B überhaupt davon erfährt, und zwar nicht nur durch translative Uebertragung (A hört auf Besitzer zu sein), Bo. III 61, sondern auch durch konstitutive, constitutum possessorium (A wird Besitzmittler des C), Bo. I 73[15]). Diese Entscheidungen er-

15) Wörtlich „Wird der Besitz durch einen Detentor (B) ausgeübt, so kann der juristische Besitzer (A) den Besitz durch constitutum possessorium,

scheinen auch nach E. II für Fälle der Besitzvermittelung unbedenklich (vgl. auch E. II 732). Bei der Besitzdienerschaft wird man eine Besitzübertragung auf Dritte ohne direkte Benachrichtigung des Dieners durch den Besitzherrn nicht für gänzlich ausgeschlossen, aber wohl für häufig unpraktisch halten müssen: mancher Besitzdiener dürfte nicht in der Lage sein, zu ermitteln, ob was hinter seinem Rücken geschehn rechtlichen Bestand habe, und ob er selber danach sich befugt achten könne den Anweisungen des Dritten (C) beim Schweigen seines Herrn (A) Folge zu leisten.

II. Durch den Anderen (Detentor, Besitzmittler und Besitzdiener).

a) auf Dritte. RE. XIX 45: Die Frage, ob der Detentor (B) unabhängig vom Wollen und Wissen desjenigen, für den er detinirt (A), den Besitz auf einen Dritten (C) übertragen könne, sei streitig, aber trotz fr. 18 pr., fr. 32 §1 de adq. u. am. p. (41, 2) zu bejahen, und zwar ebenso wie durch körperliche Uebertragung auch durch constitutum poss., so daß fortab B (statt für A) für C detinire. Uebereinstimmend Bo. V 51, vgl. noch Bo. XI 29. Hierher gehört auch Bo. VII 45: wenn die Post einen von einer Sparkasse an A abgesandten Geldbrief, der nach dem Tode des A eintrifft, an C (der weder Erbe noch Bevollmächtigter der Erben ist) abgiebt, so ist C, obwohl A ihm die Sparkassenbücher, auf welche diese Gelder gezahlt werden, geschenkt hatte, „ohne Willen der Sparkasse, welche den Besitz bis zur gehörigen Uebergabe an den Gläubiger fortsetzte, lediglich durch ein Versehen oder Eigenmächtigkeit des Bevollmächtigten

---

so übertragen, daß er, ohne daß der Detentor etwas davon erfährt, fortan namens des Dritten (C) besitzt". Ist diese Relation genau? Bei wirklichem constitutum poss. müßte der Erfolg eintreten, daß nicht, wie hier angegeben wird, B namens des C, sondern daß A namens des C und B nach wie vor namens des A besäße.

desselben, der Postverwaltung, wenn auch mit dem Willen des Geschenkgebers, in den Besitz gekommen, somit unredlich und betrüglich, ALR. I 7 § 97, oder doch heimlich, § 98".

Diese letzte Entscheidung beruht ersichtlich auf Singularitäten des Preußischen Rechts; ob sie nach dem heutigen gemeinen Recht oder nach E. II aufrecht zu erhalten wäre, muß hier dahingestellt bleiben. Wie übrigens Fälle der Art nach E. II zu beurtheilen sein werden, ist nicht ganz leicht zu sagen. Klar ist zunächst nur, daß bei ihnen der Gegensatz der Besitzmittler, die selber Besitzer sind, und zu denen zweifellos auch die Post in Beziehung auf Briefe und andere Sendungen zu zählen sein wird, und der Besitzdiener, die Besitzer nicht sind, hervortreten muß. Der Besitzmittler kann den Besitz auf Dritte übertragen durch körperliche Uebergabe der Sache und durch possessorisches Konstitut, aber nur die körperliche Uebergabe, nicht das Konstitut (E. II 847), können zum direkten Eigenthumserwerb des gutgläubigen Nehmers führen. Ebenso wenn der Besitzvermittler erst sein Abhängigkeitsverhältniß durchbrochen und sich selber zum Eigenbesitzer gemacht hätte; auch hier könnte ein Konstitut, vorausgesetzt daß der Konstituent nicht selber Eigenthümer, dem Erwerber kein Eigenthum, sondern nur Besitz, und nach Umständen Ersitzungsbesitz geben. Der Besitzdiener kann so wenig, wie irgend ein anderer Nichtbesitzer, Besitz übertragen, aber er kann, indem er thatsächlich die Sache Dritten anbietet, diesen die Gelegenheit verschaffen, die thatsächliche Gewalt, jenachdem auch gutgläubig, und also Eigenbesitz, Ersitzungsbesitz, vielleicht auch Eigenthum zu erlangen. Ein C. P. könnte der Besitzdiener nur vornehmen, nachdem er sich selber zum Besitzer gemacht hätte.

b) Auf den Anderen selber. Auf einen hübschen Fall der Art sieht RG. XIX 44: ein Kommis, Geschäftsführer

ohne Prokura, hat der Firma 2200 M. dargeliehen und ist vertragsmäßig berechtigt, durch Einziehung von Buchforderungen der Firma bis zum Betrage des Darlehns sich sicher zu stellen; statt dessen hat er sich direkt, durch Entnahme aus den in der Geschäftskasse vorhandenen Baarmitteln Deckung verschafft. Nach ausgebrochenem Bankerott der Firma auf Restitution des Geldes an die Konkursmasse belangt, wird er von dem Reichsgericht verurtheilt mit der Motivirung:

> der Revisionskläger war nicht im Besitz der Geschäftskasse, sondern er übte den Besitz lediglich für seine Prinzipale aus, und entsetzte sie erst eigenmächtig des Besitzes, indem er der Kasse für sich Gelder entnahm, dieselben also nunmehr für sich zu besitzen anfing.

Die Entscheidung wird auf alle Fälle der Besitzdienerschaft, aber nicht der Mittlerschaft zu übertragen und überhaupt zwischen diesen beiden Rechtsgestalten in Beziehung auf den eigenmächtigen Fürsich-Erwerb des Vertretenden scharf zu unterscheiden sein:

Der Besitzmittler kann die von ihm besessene Sache nicht stehlen, aber unterschlagen. Bei einer Unterschlagung wird er gewöhnlich die Sache entweder Dritten in die Hände spielen, oder für sich (ganz oder theilweise) verzehren; in diesen gewöhnlichen Fällen also nicht selber Eigenbesitzer werden. Wohl aber kann er dies z. B. durch Vermengung des fremden Geldes mit dem eigenen, durch Verbindung der beweglichen Sache mit seinem eigenen Grundstück (E. II 861), durch Verarbeitung (E. II 865); in all diesen Fällen, gleichviel ob mit oder ohne die Absicht, fremdes Gut sich anzueignen (also namentlich versehentlich ebenso wie dolos). Wenn aber der Bankier (vgl. den oben besprochenen Fall RE. XI 14) durch Einlegung in besondere Fächer, Eintragung in seine Bücher

und Mittheilung an seine Kunden den (mittelbaren) Besitz derselben an den für sie erworbenen Papieren einmal begründet hat, so dauert dieser Besitz an, solange diese Papiere überhaupt in dem Gewahrsam dieses Bankiers verbleiben, auch wenn er sie inzwischen in andere Fächer thäte, und die Eintragungen in seinen Büchern umschriebe; auch die bloße Anzeige dieser Aenderungen könnte das Besitzverhältniß des mittelbaren Besitzers noch nicht lösen, vielmehr würde es darauf ankommen, wie dieser (mittelbare) Besitzer auf erhaltene Anzeige sich verhielte.

Umgekehrt kann der Besitzdiener wol, wenn die Gelegenheit sich findet, durch Verbindung und Verarbeitung erwerben, ebenso wie der Mittler, übrigens aber die von ihm nicht besessene Sache nicht unterschlagen, sondern stehlen. Dabei ist aber zu bemerken, daß nicht nothwendig die Vollendung des Diebstahls mit dem Besitzerwerb des Dieners zusammenfällt; dieser könnte, wegen der ausschließlichen Natur des Besitzes, eintreten erst mit der völligen und bleibenden Aufhebung der Gewalt des alten Besitzers, denn „durch nur vorübergehende Behinderung in der Ausübung wird der Besitz nicht beendigt" (E. II 779, 2). Hiernach lassen sich die Fragen aufwerfen: wenn mein Diener eigenmächtig meine Sachen Dritten zum Kauf anbietet, die Dritten ablehnen, so bleiben die Sachen bis auf weiteres in meinem Besitz? Wenn aber die Dritten annehmen, wird dadurch etwa der Diener Besitzer? Oder werden ohne Zwischenbesitz des Dieners die Dritten nun Besitzer, so daß ihr Besitz unmittelbar den meinen ablöst? Dann hätte also ihr Thun meinen Besitz gebrochen, und sie wären die rechten Eigenmächtler, und ihr Besitz allemal ein fehlerhafter? — Ebenso beachtenswerth scheint folgende Differenz zwischen dem Mittler- und dem Dienerverhältnis. Sachen, die ein Besitzmittler eigenmächtig wider den mittelbaren Besitzer Dritten übergiebt, fallen

niemals unter die E. II 848 aufgestellte Ausnahme vom Erwerbe des Eigenthums auf Grund der §§ 846, 847; dahingegen gehört was der Diener verbringt, allemal zu den Sachen, „die dem Eigenthümer gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen" sind.

VIII. Der Schutz des Besitzes.

Nach dem neuen Rechte wird, wie bereits oben § II bemerkt worden, der Schutz des Besitzes beruhen:

einmal auf Selbsthülfe, E. II 781, 782,

zweitens auf Gerichtshülfe, will sagen Klagen oder Ansprüche civilrechtlicher Natur, E. II 783, 786,

drittens auf den auch zur Zeit schon vorhandenen kriminalistischen Einrichtungen, insbesondere den Ahndungen gewisser Arten des Besitzbruchs oder der „verbotenen Eigenmacht" (E. II 780, 1) als Diebstahl und Unterschlagung.

Völlig einverstanden mit Liszt (Lehrb. d. Strafr., 6. Aufl. S. 894) und Anderen, daß gegenwärtig der von dem Reichsstrafgesetzbuch geschützte „Gewahrsam" „nicht gleich Besitz im civilrechtlichen Sinne ist"[16]; denn wie das Strafgesetzbuch

---

16) Wie schwierig gleichwohl die Formulirung einer deutlich abscheidenden Definition dieses strafrechtlichen Gewahrsams ist, zeigt Liszt a. a. O., indem er sie dahin stellt:

> G. ist die thatsächliche Herrschaft über die Sache (die Möglichkeit, mit Ausschluß Anderer auf sie einzuwirken, die Verfügungsgewalt), verbunden mit dem erkennbar gemachten Willen, die eigene Herrschaft unter Ausschluß Anderer geltend zu machen (dem Herrscherwillen);

also corpus und animus domini, wie ihn die gemeine auf Savigny's Lehren fußende Meinung wohl anzunehmen pflegt, und weiter:

> Wille und Gewalt müssen neben einander vorhanden sein, jener in diesem zu Tage treten;

was so etwa nach dem schmeckt, worin Jhering und Bekker zusammenstehen (vgl. diese Jahrb. XXX S. 251).

für ganz Deutschland, so müssen auch die aus ihm zu entwickelnden Begriffe überall die gleichen, und von partikularrechtlichen Schattirungen des in Deutschland geltenden Rechts unabhängig sein, der civilrechtliche Besitz- oder Gewahrsamsbegriff aber ist ein anderer für das Preußische als für das Französische Recht, und wieder ein anderer für das gemeine, und bei diesem, auf das die allermeiste gelehrte Arbeit verwandt worden, gehen die Anschauungen am weitesten auseinander, von den Strenggläubigen des Savigny'schen Bekenntnisses, bis zu den Leugnern jeglicher Möglichkeit, aus dem Römischen Corpus juris ein für die Gegenwart brauchbares Besitzrecht herauszulesen. Doch in Zukunft werden die Dinge in eben diesen Beziehungen ganz anders liegen: neben dem einheitlichen Strafrecht steht ein ebenso einheitliches Privatrecht, dessen Grundbegriffe, ganz so wie jetzt schon die strafrechtlichen, für ganz Deutschland ein und dieselben sein müssen. Und alsdann wird es schwer halten, stichhaltige Gründe dafür anzugeben, warum der civilrechtliche Besitz (oder Gewahrsam) ein anderer zu sein habe als der strafrechtliche, warum ein gewisser Thatbestand ausreiche zur Begründung des strafrechtlichen Schutzes aber nicht zu dem des civilrechtlichen, oder umgekehrt des civilrechtlichen aber nicht des strafrechtlichen. Was, nebenbei bemerkt, keineswegs ausschließt, daß nach den Arten der Verletzungen des Einen (civilrechtlich und kriminalistisch geschützten) Rechtsverhältnisses (Besitz, Gewahrsam) unterschieden wird in der Weise, daß alle Verletzungen die privatrechtliche, nur gewisse die strafrechtliche Reaktion ins Leben rufen (die Umkehrung, weitere Ausdehnung des kriminalistischen als des civilistischen Schutzes dürfte gegen die juristische Eleganz verstoßen). Diese Ausgleichung und Vereinigung der beiden Besitzesbegriffe scheint derartig zwingend erfordert, daß eventuell eine kleine Aenderung im Texte des Strafgesetzbuchs für ge-

boten zu halten waren. Im § 246 (Unterschlagung) stehen nebeneinander die beiden Ausdrücke „Besitz und Gewahrsam“ [17]); im Hinblick auf die verschiedenen in Deutschland zur Zeit in Geltung stehenden Gesetzbücher nur korrekt, aber wenn ein späteres allein und allgemein gültiges Zivilgesetzbuch überhaupt blos den „Besitz“ und keinen „Gewahrsam“ kennen sollte, so könnte die Beibehaltung des letzteren Ausdrucks im Strafgesetzbuch nur irreleitend wirken.

Auf dem Gebiete des gemeinen Rechts haben die Klagen aus E. II 783—86 nicht bloß die Interdikte, retinendae wie recuperandae possessionis mit den Anhängseln des Justinianischen Rechts, sondern auch die Spolienklage zu ersetzen. Diese hat das Reichsgericht relativ häufig beschäftigt. Zunächst springt eine prinzipiell wichtige Einschränkung der letzteren in die Augen: wenn der Besitz fortab nur Sachbesitz sein soll, kommt auch die Spolienklage in ihrer weiteren Anwendung in Wegfall, doch scheint auch das Reichsgericht bisher mit ihr vornehmlich auf demselben engeren Felde zu thun gehabt zu haben. Die Spolienklage setzt keinen juristischen Besitz voraus, sie kann demgemäß angestrengt werden auch von einem Pächter, RG. V 42, desgleichen von demjenigen, welcher einen Hund aus Mitleid bei sich aufgenommen hat, Bo. I 78; nach E. II sind beide Fälle ebenso zu entscheiden, die Klage steht jedem „Besitzer“ (nach neuem Recht, also auch jedem „Detentor“ des alten zu) womit die leidige Frage nach dem etwa zu erfordernden eigenen Interesse desselben aus der Welt geschafft ist. — RG. XXX S. 139: „Die Spolienklage ist nicht gegen den Besitzer als solchen gerichtet, sondern nur gegen denjenigen, welcher sich durch Eigenmacht den Besitz

---

17) § 246: „Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat u. s. w.“

angeeignet und damit eine unrechte That begangen hat", ähnlich Bo. XVI 23. E. II 783 stimmt im Wesentlichen hiermit überein, doch trägt das neue Recht insofern weiter, als nach § 784 auch „Störung" des Besitzes einen Anspruch begründet. RG. XIV 102 betrifft einen Fall eigenmächtiger Aneignung, bei dem die Finanzdirektion zu Hannover durch einen Vollstreckungsbeamten Sachen hatte pfänden und verkaufen lassen, die ihrem Schuldner nicht gehörten. Bo. VI 42 sieht auf die Besitzstörungsklage des A.Pr.L.Rs. und fordert zu dieser „die Absicht der Störung", die aber zu vermuthen sei bei einer Handlung, „welche sich äußerlich als Besitzstörung darstelle"; die Absicht der Störung wird E. II § 780, 1 und 784, 1 nicht hervorgehoben. RG. XXX 32 (= Bo. XV 19) wird die Beweislast betreffs der eigenmächtigen Aneignung, des unfreiwilligen Verlustes auf Seiten des Klägers, diesem auferlegt aus Gründen der Zweckmäßigkeit und im Einklang mit der zur Zeit in Praxis und Literatur herrschenden Ansicht, gegen die auch jetzt noch von Einzelnen vertretene Meinung, daß Beklagter seinen rechtmäßigen Erwerb zu beweisen habe. Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß auch nach E. II die Vertheilung der Beweislast im Sinne des Reichsgerichts zu regeln ist. — Den Erfolg der Klage anlangend, entscheidet Bo. II 80, daß, wenn das Spolium an einem Sparkassenbuch begangen ist, die Restitution des erhobenen Betrags zu verlangen ist; dasselbe ist E. II 783, 1 nicht ausdrücklich gesagt, dürfte aber vom Richter gleichwohl herauszulesen sein. — RG. V 42 führt eine Reihe von Einreden wider die Spolienklage als unzulässig auf, die auch nach dem neuen Recht zurückzuweisen wären. Bedenklicher ist Bo. II 78: „Gegen die Spolienklage ist die Einrede, der Kläger habe dem Beklagten selbst erst das Sparkassenbuch aus dem Schrank eigenmächtig weggenommen, nicht zulässig, spoliatus ante

omnia restituendus." Hier würden E. II 785 und 781, 2. 4 ausschlaggebend, deren Auslegung, wie schon oben (§ II S. 12 f.) bemerkt, keineswegs zweifellos ist; jedesfalls muß die Möglichkeit anerkannt werden, daß der zweite die Klage veranlassende Akt der Selbsthülfe nicht „verbotene" sondern „erlaubte Eigenmacht" wäre; ein Beispiel auf Grund von Vereinbarung unter den Parteien „erlaubter Eigenmacht" giebt RG. IV 102. — RG. VII 99: „Regelmäßig sind Gegenstände in der Hand des Arrestsuchers, welche dem Arrestbeklagten gehören, oder auch Schulden, welche ersterer an diesen zu bezahlen hat, geeignete Objekte zur Anlegung eines Sicherungsarrestes, ... allein diese Regel fordert keine Anwendung, wenn der Arrestsucher durch ein Delikt, insbesondere durch widerrechtliche Eigenmacht in den Besitz der Sache gekommen, bez. Schuldner des Arrestbeklagten geworden ist." Dies wird auch nach E. II ebenso gelten müssen.

Daß dem, der durch Diener Besitz übt, gegen diese die gleichen Besitzschutzmittel zustehen wie gegen andere Nichtbesitzer, dem Diener aber nur Selbsthülfe und nur gegen Dritte (Nichtbesitzer), ist schon wiederholt hervorgehoben: desgleichen daß die Besitzschutzmittel regelmäßig von dem Besitzmittler auch gegen den mittelbaren Besitzer benutzt werden können, seltener von diesem wider jenen: „Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Miether, Verwahrer u. s. w." (E. II 790) sind durchaus nicht gehalten, sich beliebige Eingriffe des Eigenthümers, Verpfänders u. s. w. gefallen zu lassen, und haben dawider so Gerichts- wie Selbsthülfe. Aber auch die mittelbaren Besitzer haben geschützten Besitz, und es kann ihnen nicht gänzlich verwehrt sein, von den Schutzmitteln nach Bedürfniß auch wider die Besitzmittler Gebrauch zu machen. Allemal setzt dies „widerrechtliche Eigenmacht" auf Seiten der Mittler voraus, also

erstlich eine Handlung, zu welcher dieser Andere weder als Besitzer noch als Nießbraucher, Pächter, Miether u. s. w. berechtigt ist.

zweitens eine durch diese Handlung bewirkte Verletzung, Störung oder Entziehung des Besitzes des mittelbaren Besitzers.

Beispiele der Entziehung: Zerstörung, auch partielles Aufzehren, Uebertragung auf Dritte, auch Durchgehen mit der Sache[18]); der mittlere Besitzer könnte, je nach Lage der Umstände, zur Selbsthülfe oder zur Gerichtshülfe greifen. Und auch wider gewisse Störungen wird einzuschreiten sein. Ueber-

---

18) Oder konkret: Ich habe eine verschlossene Kiste Wein hinterlegt und betreffe den Verwahrer, wie er sie erbrochen, ein Paar Flaschen herausgenommen und eine davon halb geleert hat; der Pianofortevorleiher kommt in die Wohnung des Miethers, der den Flügel verkauft, der Käufer steht im Begriff, ihn fortschaffen zu lassen; ich erreiche meinen Bankier im Hamburger Hafen, wie er den Dampfer nach Südamerika besteigen will, in seiner Reisetasche führt er meine Effekten mit sich. — An den zweiten Fall knüpft sich folgende, vielleicht nicht ganz leicht zu entscheidende, aber nach E. II 847, 1 immerhin wichtige Frage. Einen Flügel kann man bekanntlich nicht in die Tasche stecken; kann man ihn „körperlich übergeben", ohne daß er vom Platz bewegt wird? Ich möchte dies bejahen und denke namentlich an den Brauch, erkaufte Instrumente mit dem eigenen Namen zu zeichnen. Dann könnte, wer von dem spitzbübischen Miether (der nur gemiethet hat, um diese Unterschlagung zu ermöglichen) in der Wohnung des Miethers gekauft hat, unmittelbar nach dem Kauf (durch Uebergabe der Art) Eigenthümer und unfehlerhafter Besitzer werden; daß er vor der Fortschaffung des Flügels erfährt, wie dieser unterschlagen worden, hebt den Eigenthumsübergang nicht wieder auf (nach E. II 847, 1 entscheidet der gute Glauben „zu dieser Zeit", d. h. im Augenblick der Uebergabe), und der alte Eigenthümer und mittelbare Besitzer darf die Fortschaffung nicht hindern, er liefe Gefahr, sich selber der „widerrechtlichen Eigenmacht" schuldig zu machen. — Es ist wohl kaum zu erwarten, daß durch derartige reichsgesetzliche Vorschriften die allgemeine Moral in geschäftlichen Angelegenheiten gekräftigt werden wird, selbst die Verkehrsförderung erscheint zweifelhaft, da die geminderte Sicherheit die Vermiether von Instrumenten, Pferden Wagen u. s. w. schwerlich unternehmungslustiger machen dürfte.

blicken wir diese nicht gleich vollständig, so ist zu bedenken daß wir hier völlig neuen Rechtsgestaltungen gegenüberstehen: das alte Recht kennt kein Nebeneinandersein und Ineinandergreifen verschiedener Besitzarten. Es wird daher erst praktischer Erfahrungen bedürfen, um ein in den Einzelheiten klares Bild zu gewinnen.

Und noch eins: Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter u. s. w. werden fast ausnahmslos zu dem mittelbaren Besitzer in obligatorischen Verhältnissen stehen, so daß neben den dinglichen (oder quasidinglichen) Schutzmitteln des Besitzrechts auch die persönlichen Klagen (oder „Ansprüche") aus den Obligationen in Betracht kommen. Der Schutz ist also ein doppelter, auf zwei Basen beruhender; und gleichwohl dürfte er sich manchmal ungenügend erweisen. Betrachten wir z. B. das praktisch so überaus wichtige Hinterlegungs- (Depositen-) Geschäft, E. II 628—40. Das „quod uenit in actionem" bei der depositi directa erscheint sehr mager: „mit der Sache sind die etwa gezogenen Früchte herauszugeben" (E. II 637); „hat der Verwahrer, ohne Erlaubniß des Hinterlegers, hinterlegtes Geld für sich verwendet, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen" (§ 638). Der Verwahrer giebt Perlenschnüre und Juwelen an Frau und Töchter zum Tragen, vielleicht vermiethet er sie auch an liederliche Dirnen; er benutzt selber meine Pistolen oder giebt sie Anderen zum Taubenschießen; er reitet meine Pferde, verleiht sie, benutzt meine Equipage zu Lohnfuhren — alles Dinge, die den Hinterleger ungefähr so angenehm berühren mögen wie mich die Nachricht, daß ein Anderer mit meiner Bürste sich die Zähne zu putzen pflegt. Oder der Bankier, bei dem meine Aktien lagern, benutzt die daran geknüpften Stimmen ohne meine Erlaubniß auf der Generalversammlung. „Früchte" sind bald keine gezogen, bald ist der Werth der gezogenen

äußerst schwierig zu berechnen, oder bietet für die Unannehmlichkeiten des Deponenten ein völlig ungenügendes Aequivalent. Könnte gegen derartige Vorgänge als „widerrechtliche Besitzstörungen" vorgegangen werden? Viel wäre dem mittelbaren Besitzer nicht gedient: „er kann von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen; sind weitere Störungen zu besorgen, auf Unterlassung klagen" (E. II 784, 1). Man könnte einwerfen, daß auch das heutige gemeine Recht, abgesehen von der äußerst zweifelhaften Verwendbarkeit der Interdikte, mit der a. depositi nicht mehr biete als Zahlung von Entschädigung für einen oft schwer, oft gar nicht festzustellenden Schaden. Aber das heutige gemeine Recht ist übernommen aus dem Römischen, und dieses hatte neben dem Besitzschutz und der actio depositi das furtum possessionis, d. h. die Befugniß des Richters eine nicht nach dem Geldwerthe des Schadens, sondern allgemein nach der Schwere der That frei zu bemessende Geldstrafe gegen den untreuen Verwahrer nicht bloß sondern überhaupt Besitzmittler zu erkennen. Mit der Einschränkung des furtum possessionis durch R.Str.G.B. 290 ist diese Lücke in unser Recht gekommen, und durch E. II wird sie auch nicht wiederausgefüllt.

IX. Botschau, die Weiterbildung des neuen Rechts.

Wer mit eigenem Nachdenken diesen Ausführungen gefolgt ist, mag selber schon für sich Endergebnisse gefunden haben, wie sie dem Verfasser vor Augen stehen. Das neue Besitzrecht giebt Anlaß zu vielen Fragen, mehren, als ohne weiteres zu beantworten waren. Und nicht bloß die Antworten, auch die Fragen sind hier längst nicht alle aufgeführt; fortgelassen sind wahrscheinlich manche, weil ich sie einstweilen nicht erkannt, andere, um die Abhandlung nicht zum Buch anwachsen

zu lassen. Aber durch den ganzen Nebelwust von fragwürdigen und antwortgierigen Details sind doch die Grundlinien eines großen und gelungenen Werks herauszulesen. Wenn wir ungezählte Einzelheiten, Gedanken und Worte, verdammen möchten, der Gesammteindruck wird dadurch nicht beeinflußt: im Besitzrecht bezeichnet E. II einen dankenswerthen, voraussichtlich bleibenden Fortschritt. Zugegeben, daß ich vielleicht bestochen bin durch mannigfaltige Anklänge des neuen Besitzrechts an meine eigenen früheren Reformvorschläge, und daß es vorschnell wäre, von der Güte des Besitzrechts auf eine gleiche Beschaffenheit der übrigen Stücke des neuen Entwurfs zu schließen; bei alledem aber kann ich nicht umhin, meine alte Bitte zu wiederholen: „schleunigste Einführung der Vorlage als Gesetz"; und diesmal nicht bloß aus politischen Gründen.

Da aber E. II bei allen Vorgängen doch nicht als opus ultimum atque omni ex parte perfectum betrachtet werden kann, so sind wir gezwungen, auch auf die Fortbildung des aus ihm entspringenden Rechts einen Blick zu werfen, wie die gesunden Keime nutzbringend zu entwickeln, Härten und Inkonsequenzen nach Möglichkeit abzuschleifen und auszugleichen wären. An die eben ausgesprochene schließen sich zwei andere nicht minder warme und dringende Bitten an. Man verschone uns erstlich mit einer Wiederholung von Motiven, wie sie zu E. I hergestellt worden; und zweitens auch mit allen gesetzgeberischen Experimenten, die das weitere Werden des Rechts in feste Regeln zu zwingen suchen. Wir athmen auf, daß E. I § 1 und 2 nicht in E. II übernommen sind, aber wir sind noch nicht frei von der Besorgniß, daß das Einführungsgesetz die verbannten Artikel oder andere ihresgleichen uns zurückführen könnte. Beide Bitten lassen sich auch in eine zusammenfassen: man spreche nicht bloß von dem Vertrauen,

das man hinsichts der weiteren Entwickelung in die Wissenschaft und Praxis setze, sondern man beweise eben dies Vertrauen durch die That.

Die fünf Bände der Motive zu E. I in amtlicher Ausgabe, zu denen dann noch die Motive zu dem Entwurf des Einführungsgesetzes und die zu dem Entwurf der Grundbuchordnung hinzutraten, haben im Allgemeinen keine freundliche Aufnahme gefunden. Damit wäre der von den einzelnen Bearbeitern verwandte Fleiß schlecht gelohnt, und dennoch erscheint die Ablehnung voll berechtigt, da der Grundgedanke unheilbar schief war. Ein amtlicher Begleiter dieser Art, gleichviel übrigens wie er ausgeführt und formell beglaubigt worden, ist das richtige Futter für die leichtfertigsten Litteraten und für denkfaule oder müde Richter; daß das Gesammtniveau des Richterstandes durch ihn herabgedrückt wird, scheint schier unvermeidlich. Auch einer Veröffentlichung der Protokolle über die Kommissionsberathungen zu E. II, von denen Reatz Proben gegeben, sehen wir mit getheilten Gefühlen entgegen. Man wird auch Anderen die Einsicht nicht verschließen, größere Mittheilungen daheraus nicht verbieten können, und da dürfte eine amtliche Veröffentlichung den besten Schutz gegen einseitige Ausnutzungsversuche gewähren. Im übrigen kann ich den zu ziehenden Gewinn nicht hoch anschlagen. Aber ist nicht Auslegung der Gesetze „im Sinne des Gesetzgebers“ die erste Aufgabe des Richters? Und was könnte in die Kenntniß dieses gesetzgeberischen Sinnens und Denkens besser hineinleiten, als die Berathungsprotokolle?

Im Gegensatz zu den gegenwärtig noch herrschenden Anschauungen kann ich beide Fragen nicht bejahen. Ganz ist das subjektive Moment von der Gesetzesinterpretation nirgends auszuschließen: der bestgeschulte Richter kann bei der Auslegung keinem objektiv festgestellten gesetzgeberischen Willen folgen,

sondern allemal nur seiner persönlichen Kenntniß und Meinung von diesem. — Sodann sind unsere Kommissionen, welche die Gesetzentwürfe herstellen, nicht Gesetzgeber. Die legislativen Funktionen im Reich versehen Bundesrat und Reichstag, in den Einzelstaaten meist Landesherr und Kammern. Es ist eine anhaltlose Fiktion, daß Bundesrath und Reichstag all die Meinungen sich aneigneten, welche bei den Kommissionsberathungen den Beifall einer vielleicht nur geringen Majorität gefunden haben. Angenommen und zum Gesetz erhoben werden nur die Texteswörte, nicht Meinungen und Gedanken der Kommission, oder richtiger der Kommissionsmitglieder. — Und weiter. Sieht man die Dinge, wie sie sind, und nicht wie sie sein sollen nach traditioneller Doktrin, so begegnen wir in unserer Gegenwart „dem Gesetzgeber" und folglich auch einer „Meinung des Gesetzgebers" überhaupt nicht mehr. Moses und Solon waren persönliche Gesetzgeber, in Rom konnte man besonderes Gewicht legen auf die Gedanken des Magistrats, der ein Gesetz in den auf Ja und Nein beschränkten Komitien durchgebracht hatte, in der absoluten Monarchie giebt es „einen Gesetzgeber", der freilich auch die ihm obliegende legislative Arbeit, einschließlich des dazu gehörigen Denkens und Meinens, meist durch Andere ausführen läßt. Aber bei uns, in den konstitutionell regierten deutschen Staaten, wer ist da der denkende Gesetzgeber? Und wenn im Reich der Bundesrath dies, und der Reichstag jenes gedacht hat, was giebt den Ausschlag? Zudem „denkt" weder der Bundesrath noch der Reichstag, wieder reiten wir auf leeren Fiktionen, es denken nur die einzelnen Mitglieder des einen und des andern, und über die vorgelegten Gesetzentwürfe denken von diesen Mitgliedern einige so, andere anders, wieder andere wieder anders, u. s. w., auch manche gar nicht. Nur über den Wortlaut ergeben die Majoritäten bei den Abstimmungen ein Etwas, das

rationell für den Willen der gesammten Körperschaft ausgegeben werden kann; über den Sinn der Worte existirt kein formaler Gesammtwillen, die Willen der Einzelnen aber, die an der Abstimmung theilnehmen, bleiben meist unbekannt und dürfen, wo sie ausnahmsweise bekannt würden, keine durchschlagende Kraft beanspruchen.

Aber wenn nun der Richter die Frage: welchen Sinn hat der Gesetzgeber mit den von ihm gebrauchten Worten verbunden? (Windscheid, Pand. 7., Aufl. I, S. 50) einfach darum nicht beantworten kann, weil dieser sinnende Gesetzgeber gar nicht vorhanden ist, von welchen anderen Sternen soll er sich leiten lassen? Den Sinn von Worten, namentlich von Anderen gebrauchten Worten zu entziffern, ist eine Kunst, die jeder Mensch von klein auf lernt; die Grundprinzipien der richterlichen Auslegungskunst sind keine anderen als die der allgemein menschlichen, im Verkehr tagtäglich geübten. Als Besonderheiten ließen sich etwa noch hervorheben: der Richter soll beachten, nicht nur was in, sondern auch was zwischen den Zeilen geschrieben steht, ein treffender deutscher Ausdruck, der mit umschließt was man sonst als „Analogie" zu bezeichnen gewöhnt ist. Bleiben hiernach Zweifel, so entscheide er sich zunächst für das, wofür schon Andere mit Erfolg sich entschieden haben, er folge gutem, altem Brauch, insbesondere der auctoritas rerum similiter iudicatarum. Erscheint ihm aber der Brauch als kein guter, den Anforderungen seiner Zeit noch entsprechender, oder bestehen Vorentscheidungen überhaupt nicht, so folge er dem Rechtsgefühl der Gegenwart, selbstverständlich innerhalb der durch den Gesetzestext gezogenen Schranken.

Daß diese Auffassung dem individuellen Ermessen des Richters Spielraum giebt, ist unleugbar: bei der Schwierigkeit, für Rechtsgefühl jenes feste Merkmale aufzufinden, wird

man regelmäßig an dem Bilde desselben sich genügen lassen müssen, welches dem Richter eben vorschwebt. Aehnliches vermögen aber auch die anderen Theorien nicht auszuschließen, und der Hauptunterschied liegt darin, daß das, was bisher schon unzählige Male, ich möchte glauben, regelmäßig gethan worden, theils unbewußt, theils verstohlen und bedeckt mit dem Mäntelchen einer fingirten Absicht des Gesetzgebers oder eines selbstverständlichen Naturrechtssatzes oder der Natur der Sache oder u. s. w., hier offen als recht und gehörig anerkannt wird, vorausgesetzt nur, daß der Richter bei der Aufstellung seiner Annahmen gewissenhaft vorgeht und von ihnen auch nur den gebotenen Gebrauch macht.

Jedes Recht ist Menschenwerk, unvollkommen und flüssig allezeit, keines kann für heute völlig ausreichen, geschweige denn für morgen. Der Richter hat sein officium nobile auch dem Rechte, insbesondere den Gesetzen gegenüber zu üben. Er ist keineswegs bloß Maschine höherer Gattung, bestimmt, die Entscheidung abzulesen, oder schlechtweg auszurechnen. Häufig mag seine Thätigkeit sich auf dergleichen beschränken, aber nicht selten muß sie darüber hinausgreifen; dann liegt ihm ob, an der Rechtsschöpfung mitzuarbeiten, sei es mit, sei es ohne oder gar wider den Willen des sog. Gesetzgebers. Wie ich hoffe, werde ich bald dazu kommen, diese vor manchen Augen wohl etwas ketzerischen Ansichten ausführlicher darzulegen und zu begründen, und möchte einstweilen nur auf Bülow, Gesetz und Richteramt, verweisen, der eine in vielen Punkten mit uns übereinstimmende Auffassung vertritt.

Wider den Mißbrauch der dem Richter doch nicht vorzuenthaltenden rechtsbildnerischen Befugnisse aber giebt es kein sichereres Mittel als die ernste Mahnung, davon nur im Nothfalle Gebrauch auf eigne Hand zu machen, und von dem Hergebrachten abzuweichen nur wo zwingende Gründe zu Tage

liegen. Gewohnheitsrecht ist schwer zu definiren, wir verstehen darunter gewöhnlich alles objektive Recht, das nicht Gesetzesrecht ist, zum Theil unter einander nur sehr entfernt verwandte Dinge. Einzelnen Zweigen des Gewohnheitsrechts könnte das Gesetz das Leben verkümmern, es kann mit einiger Aussicht auf Erfolg gewisse nicht allzu enge Schranken ziehen, ein allgemeines Verbot von dem Allen, das wir unter dem Namen Gewohnheiten begreifen, einschließlich namentlich der verschiedenen gerichtlichen Gebräuche, wäre nicht bloß irrationell, sondern auch undurchführbar, ein Schlag ins Wasser, der bösen Willen und Unvermögen zugleich bekundet. Unleugbar liegt darin, daß die legislative Gewalt rechtlich (formal) unbegrenzt ist, eine Gefahr: die mit der Ausübung Betrauten können sich auch sachlich für ungebunden erachten und dann auf die Irrpfade weiland Kaiser Justinians gerathen, den religiösen Glauben rechtlich zu normiren, und die Historie nachträglich zu korrigiren (SC. Trebellianum — SC. Pegasianum) unternehmen. Auch die den besten Willen haben, begreifen oft nicht, daß manches Gute weit sicherer durch „das Werdenlassen „als durch ein „Machenwollen“ zu erreichen ist. E. I wie E. II sind zwei, insbesondere hinsichts der in den allgemeinen Theil verwiesenen Fragen, äußerst lückenhafte unzulängliche und auch „aus dem Geist der Rechtsordnung“ durchaus nicht ausreichend zu ergänzende Gesetze; diese Lücken dürften mit diskreter Heranziehung der Entscheidungen des Reichsgerichts und ausnahmsweise auch noch von Seuffert's Archiv meist alle zu erfüllen sein. Und für die Zukunft wird dringend zu wünschen sein, daß nicht gleich jeder junge Richter daran gehe, bestehendes Recht umzuprägen; das Volk verlangt vor allem nach Gleichmäßigkeit der Uebung, wie sie ohne Respekt vor den Gewohnheiten und bewährter Praxis nie zu gewinnen ist.

Die Gegenwart kann des Gewohnheitsrechts im w. S. entrathen gerade so wenig wie der Gesetze. Dabei mag ausdrücklich hervorgehoben werden, daß der Wirkungskreis der Gewohnheiten bei uns heutzutage zweifellos beschränkter ist als in Rom, zumal solange die auctoritas prudentium in Blüthe stand. Unsere Praxis kann wohl Recht machen iuris ciuilis (sagen wir dafür „Gesetzesrecht") adiuuandi gratia, aber supplendi oder gar corrigendi gratia entweder gar nicht oder doch nur ganz selten. Auch das Recht aus dem neuen Gesetzbuch wird weiterer gesetzlichen Ergänzungen und Korrekturen bedürftig sein, wo Praxis und andere Gewohnheitsbildungen nicht ausreichen, um es den Anforderungen der neueren Zeit entsprechend zu erhalten; erst Spezialgesetze, Novellen, später einmal, in vielleicht zwanzig bis dreißig Jahren, eine Generalrevision. Man soll vor beiden keine übertriebene Angst hegen, die dahin drängen würde, die Einführung des neuen Gesetzbuchs zu vertagen, bis daß wir einen derartiger Verbesserungen nicht mehr bedürftigen Entwurf zu Stande gebracht, d. h. ad kalendas Graecas. Die Hochfluth gesetzgeberischer Produktion, in der wir eben stehen, kann naturgemäß sich nur allmählich verlaufen.

Einige Schwierigkeiten mag noch die Eingliederung des „Hand wahre Hand" in das neue Recht verursachen. Die Kommission hat bekanntlich (vgl. Reatz zu E. II 846 N. 3 A) mit minimaler Majorität (9 zu 8) beschlossen, betreffs des Glaubens des Erwerbers, dem Kläger (Vindikanten) den Beweis (folglich des bösen Glaubens seines Widerparts) aufzuhalsen. Aber auch hinsichts der äußeren Thatsachen ist die Beweislastfrage nicht glatt zu beantworten. Vielleicht wäre es historisch korrekt gewesen, das erwähnte Prinzip etwa in der Gestalt aufzunehmen:

wenn der Eigenthümer seine Sache einem Dritten (Besitz-

vermittler) anvertraut, so liegt hierin ein Verzicht auf die Vindikation wider alle die gutgläubig von diesem Dritten erworben.

Dann hätte zweifellos der belangte Besitzer diesen Verzicht, also das Anvertrauen oder Besitzmittlerbestellen zu beweisen gehabt. Es liegt auf der Hand, daß hiermit das Gebiet des „Hand wahre Hand" aufs engste beschränkt wäre, und der Wortlaut E. II 848, 1 stimmt auch hiermit durchaus nicht:

Der Erwerb des Eigenthums auf Grund der §§ 846, 847 tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigenthümer gestohlen, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war.

Diese „Ausnahme" wird derjenige beweisen müssen, der sie behauptet, der Vindikant. Aber kann er sie denn überhaupt beweisen? Zumal da Eideszuschiebungen durch RCPO. 410 regelmäßig ausgeschlossen sein werden. „Bestohlen werden", „verlieren", „abhanden kommen", diese drei Möglichkeiten wird Kläger gewöhnlich in die Behauptung zusammenfassen:

die Sache ist mir fortgekommen ich weiß nicht wie.

Und dies „ich weiß nicht wie" soll bewiesen werden? Aber auch, daß er sie Niemand anvertraut habe, wird meistens, anders als etwa eidlich, wobei Zuschiebung wieder auszuschließen, nicht zu beweisen sein. — Gleichwohl halte ich die gesetzliche Korrektur hier für entbehrlich: eine geschickte Praxis wird ein mögliches Beweisschema herausfinden, eventuell mit Erleichterungen der Beweisführung dem Kläger entgegenkommen, den ohnehin nicht scharfzubestimmenden Gegensatz von „beweisen" und „glaubhaft machen" hier nicht urgieren, und um Wege nicht verlegen sein, die zu dem eigenen eidlichen Erhärten des Klägers führen, von Thatsachen die ihrer Natur nach nur ihm allein bekannt sein können.

Anders steht es mit dem constitutum possessorium.

Die schlechten Erfahrungen, die man daran gemacht hat, fließen vornehmlich aus der Unsicherheit seiner Gestalt, den geringen Spuren, die sein Abschluß im Verkehrsleben zu hinterlassen pflegt, und der hierdurch bedingten Leichtigkeit, ein Konstitut bald zu simuliren, bald wieder das reell vorhandene abzuleugnen. Das von der Doktrin und Praxis gegenwärtig zumeist empfohlene, (vgl. oben VII B, S. 52 f.) und auch in E. II 893 acceptirte Rezept, daß zwischen den Betheiligten „ein Rechtsverhältniß vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt", kann nicht helfen, weil auch diese „Vereinbarungen" so nach gemeinem Rechte wie nach E. II, selber den festen Formen und deshalb jeder zuverlässigen Greifbarkeit ermangeln. Um dem Uebel mit Erfolg zu begegnen, scheint es unumgänglich, dem C. P. eine bestimmte leicht erkennbare Gestalt zu geben. Leider wird man aus praktischen Gründen von Bezeichnungen der konstituirten Sachen, wie von den Eintragungen in besondere Bücher absehen müssen, und es bleibt also nur die Erhebung des Konstituts zum Formalakt, wodurch freilich die Sicherheit des mittelbaren Besitzers Dritten gegenüber direkt nicht gemehrt wird, immerhin aber die persönliche Haftung des Konstituenten verschärft und die Simulation erschwert werden kann. Die Form wäre nicht für ausnahmslos jedes C. P., vielmehr nur da zu erfordern, wo entweder der mittelbare Besitzer einer besseren Sicherung zu bedürfen glaubt, oder der Konstituent einer ausnahmslosen Anerkennung des Geschäfts, namentlich auch im Konkurse gewiß sein will; auch die Form dürfte selbstverständlich nicht durch Schwerfälligkeit oder Kostbarkeit abschrecken. Schrift, notarielle Beglaubigung (vorausgesetzt daß die Notariatsgebühren nicht höher sind als in Baden), Stempelung, oder was sonst besseres gefunden werden mag. Besonderes Gewicht wäre noch darauf zu legen, daß

die Form den Tag des Konstituts mit größest möglicher Sicherheit hervortreten läßt und, um Simulationen zu begegnen, Vor- und Rückdatirungen so gut wie unmöglich machte. Bei der Auswahl der Form mag auch die Herstellung von Besitzpapieren in besondere Erwägung zu nehmen sein, deren Recht, wie bis vor kurzem geschichtlich, so auch zur Stunde noch praktisch einigermaßen im Argen zu liegen scheint, ausweislich RE. XXVII 19. — Die hiermit angedeutete Reform ist zweifellos unter modernen Verhältnissen durch Praxis oder Gewohnheit nicht herbeizuführen, sie bedürfte eines Spezialgesetzes, oder bei der bevorstehenden Revision des Handelsgesetzbuches Aufnahme der erforderlichen Bestimmungen in dieses; vielleicht genügt auch ein Zusatz zur Konkursordnung.

Aehnliches wäre über das furtum possessionis zu sagen. Gewiß verlangt es die große und gesunde Masse unseres Volks nach derber Züchtigung der Untreuen begangen von Besitzmittlern verschiedenster Art. Dazu bietet E. II keine Handhabe, so wenig wie das geltende Recht. Was wir fordern, sind empfindliche Geldstrafen, unabhängig von der Höhe des pekuniären Schadens der Verletzten; und bei denjenigen, die insofern noch frivoler gehandelt haben, als ihre Mittellosigkeit die Zahlung einer Geldbuße und der mit dieser dem Geschädigten zu gewährenden Genugthuung ausschließt, entsprechende Freiheitsstrafen. Wieder eine Rechtsänderung, die nur auf dem Wege der Gesetzgebung, am besten wohl durch einen in das Strafgesetzbuch aufzunehmenden Paragraphen auszuführen wäre.

Frommannsche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena.





